أحكام الالتزام والإثبات

دكتور
سمير عبدالسيد تناغو
أستاذ القانون المدنى
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

الطبعة الأولى
٢٠٠٩ م

الناشر
مكتبة الوفاء القانونية
محمول ٠٠٢٠١٠٣٧٢٣٨٨٢٢ - الإسكندرية

أحكام الالتزام والإثبات

الناشـــــر: مكتبة الوفاء القانونية

لعـــوان: بلوك ٣ ش ملك حفنى قبلى السكة الحديد - مساكن درباله - فيكتوريا - الإسكندرية.

تليفـــاكس: ٥٢٧٤٤٣٨/ ٠٠٢٠٣ (٢ خط) - موبايل/ ٠١٠١٢٩٣٢٣٣

الرقم البريدى: ٢١٤١١ - الإسكندريه - جمهورية مصر العربية.

E- mail

dwdpress@yahoo.com

dwdpress@biznas.com

Websitc

http:/ www.dwdp·ess.·om

عنوان الكتاب : أحكام الإلتزام والإثبات

المؤلـــــف: د. سمير عبدالسيد تناغو

رقـم الإيـداع: ٨٠٦٩ / ٢٠٠٩

الترقيم الدولى: 7 - 9592 - 03 - 977



أحكام الالتزام والإثبات

دكتور
سمير عبدالسيد تناغو
أستاذ القانون المدنى
كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

الطبعة الأولى
٢٠٠٩ م

الناشر
مكتبة الوفاء القانونية
محمول ٠٠٢٠١٠٣٧٢٨٨٢٢ - الإسكندرية

الكتاب الأول

فى

الإثبات

---

* أينما وردت عبارة «عشرين جنيه» في نص المادتين ٦٠ و٦١ من قانون الاثبات، تصبح «مائة جنيه» بعد العمل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، وتصبح «خمسمائة جنيه» بعد العمل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع فيما بعد، ص٢١٥، وراجع ملاحق الكتاب.

** زادت المبالغ المذكورة في المواد ٤٣ و١/٥٦ و ١/٧٨ و٨٠ و١٤٥ و٣/١٤٨ و٣/١٥٢ و٥ من قانون الاثبات عشرين مثلا. ق٢٣ لسنة ١٩٩٢ وق١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع الملحق رقم (١) والملحق رقم (٢) والملحق رقم (٣)، من هذا الكتاب.

مقدمة

١ – تعريف الاثبات القضائي وبيان أهميته :

يطلق اصطلاح الاثبات القضائي على ثلاثة معان يمكن أن تؤدي في مجموعها إلى تعريف واحد . فالاثبات هو أولا ، الفعل الذي بمقتضاه يتقدم أحد الخصوم إلى القاضي بالوسائل اللازمة لاقناعه ، وهذا هو المقصود بالاثبات عندما يقال أن أحد الخصوم هو الذي يتحمل عبء الاثبات . والاثبات هو ثانياً ، الوسيلة أو الطريقة التي تؤدي إلى اقتناع القاضي ، أو بحسب تعبير الفقيه الفرنسي دوما «كل ما يؤدي إلى اقناع العقل» . وكما سنرى فإن المشرع نظم وسائل وطرق الاثبات وحدد قيمة كل منها . ومن هذه الطرق الكتابة والبينة والقرائن ... الخ . أما المعنى الثالث للاثبات فهو النتيجة التي يتم الحصول عليها بعد التقدم إلى القاضي بطريقة أو طرق الاقناع المشار إليها ، وهذا ما يقصد عند القول بأن الاثبات قد تم ، أي أن صحة الادعاء قد تأكدت[1] .

ويمكن أن نستخلص من هذه المعاني الثلاثة ، تعريفاً واحداً للاثبات القضائي هو اقامة الدليل أمام القضاء بطريقة من طرق الاقناع التي يحددها وينظمها القانون على صحة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول إلى النتائج القانونية التي تترتب على صحة الواقعة المذكورة . ويلاحظ على هذا التعريف أن الواقعة محل الاثبات إما أن تكون تصرفاً قانونياً كعقد مثلا ، أو واقعة مادية كعمل غير مشروع ، أو اثراء بلا سبب أو غير ذلك . ويلاحظ كذلك أن اثبات الواقعة المشار إليها يؤدي إلى ضرورة الاعتراف بالحق الناشيء عنها . ومؤدى ذلك أن الاثبات لا يرد على الحق ذاته

(1) راجع في المعاني المختلفة للاثبات القضائي : بودان ويبو ، ج ١٢ ، فقرة ١٢٧ ، ص ٢٠٥ ؛ بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ . فقرة ١٤٠٧ ، ص ٨٢٨ ؛ أوبري ورو وبارتان ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، ص ٦٢ ؛ بيبو ، انسيكلوبيدي داللوز ، ج ٤ ، ص ١٠٢ ، فقرة ١ .

ولكنه يرد على مصدر الحق سواء كان هذا المصدر تصرفاً قانونياً أو عملا مادياً. أما الاعتراف بالحق فهو الغاية من الاثبات وهو النتيجة التى يؤدى إليها اثبات مصدر الحق[1].

ومن ناحية أخرى فإن عدم القدرة على اثبات مصدر الحق، يؤدى إلى عدم امكان الاعتراف به أمام القضاء ولو كان موجوداً فى الحقيقة والواقع. وفى هذا أكبر دليل على أهمية الاثبات. فهو على حد تعبير بلانيول، الذى يحيى الحق ويجعله مفيداً[2]. والاثبات على حد تعبير اهرنج هو قوة الحق[3]. ومن الأقوال المأثورة أيضاً أنه يستوى حق معدوم، وحق لا دليل عليه[4].

وأهمية الاثبات لا تقتصر على الحقوق المالية وحدها، ولكنها تمتد إلى الحقوق غير المالية كالحقوق الناشئة عن الزواج والنسب، والحق فى الجنسية وغير ذلك. وأهمية الاثبات لا تقتصر على القانون المدنى وحده، بل تمتد إلى سائر فروع القانون. ونكتفى فى هذا الشأن بالاشارة إلى أهمية الاثبات فى القانون الادارى[5] أو التجارى أو الجنائى.

---

(١) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ٢، ص ٢٦ وما بعدها ؛ مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٣، ص ٣٤٩ وما بعدها.

(٢) بلانيول وريبير وجابولد، ج ٧، فقرة ١٤٠٦، ص ٨٢٥.

(٣) مشار إليه فى ملوتى وريبو، ج ١، ١٩٦١، فقرة ٢٠٧، ص ٢٤٢ ؛ بلانيول وريبير وجابولد، ج ٢، فقرة ١٤٠٦، ص ٨٢٥ ؛ بيرو، انسكلوبيدى دالوز، ج ٤، ص ١٠٣، فقرة ٢.

(٤) PARUM est NON ESSE ET NON PROBARI
وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أن «الحق يتجرد من قيمته ما لم يقم الدليل على الحادث الذى يستند إليه، قانونياً كان هذا الحادث أو مادياً. والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه» (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٣، ص ٣٤٩).

(٥) راجع فى نظرية الاثبات فى القانون الادارى : P. PACTET محاولة فى نظرية الاثبات أمام القضاء الادارى، رسالة، باريس، ١٩٥٢.

٢ – الاثبات القضائى والاثبات العلمى او التاريخى :

يتفق الاثبات القضائى مع الاثبات العلمى ، أو الاثبات التاريخى الذى هو نوع من الاثبات العلمى ، فى أنه يعتمد على مجهود انسانى عقلى يهدف إلى التحقق من واقعة غير معروفة أو متنازع فيها عن طريق مجموعة متناسقة من الوقائع المعروفة . ومع ذلك فهناك فروق واضحة تميز الاثبات القضائى عن الاثبات العلمى سواء فيما يتعلق بالاشخاص أو المكان أو الوسيلة أو النتيجة .

ففيما يتعلق بالاشخاص فإن الاثبات القضائى يقوم به الخصوم أنفسهم، ولا يجوز أن يشاركهم فيه شخص آخر، بما فى ذلك القاضى نفسه ، الذى ينبغى أن يقف موقفاً محايداً من النزاع على النحو الذى سنذكره فيما بعد ، وذلك باستثناء الاثبات الجنائى الذى يلعب فيه القاضى دوراً ايجابياً [1] .

أما الاثبات العلمى فيجوز أن يقوم به أى شخص تتوافر له وسائل البحث العلمى .

وفيما يتعلق بالمكان فإن الاثبات القضائى ، يجرى كقاعدة عامة أمام القضاء ، أما الاثبات العلمى فهو يجرى فى أى مكان آخر غير ساحة القضاء .

وفيما يتعلق بالوسائل فإن الاثبات القضائى ، وفى نطاق المنازعة المدنية بصفة خاصة يعتمد على طرق حددها القانون وبين قيمة كل منها كالكتابة أو البينة أو غير ذلك. أما الاثبات العلمى فإنه يعتمد على كل الوسائل العلمية المعروفة كالمشاهدة والتجربة المعملية والأدوات الحاسبة ... الخ [2] .

وفيما يتعلق بالنتائج فإنه طبقاً لمبدأ حجية الشىء المقضى به وعملا على استقرار

---

(١) راجع Solus ، دور القاضى فى الاثبات ، دراسات جامعة هنرى كابيتان ، ١٩٤٩ ، ص ١٢٩ وما بعدها .

(٢) بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٣٨ ، ص ٢٠٦ ؛ بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٠٧ .

المعاملات فإن ما يثبت أمام القضاء يعتبر حقيقة قضائية لا تقبــل اثبات العكس ولا تجوز اثارتها أمام القضاء مرة أخرى[1] . وعلى العكس من ذلك فإن النتائج التى يصل إليها الباحث العلمى تعتبر مجرد فروض راجحة بصفة مؤقتة بحيث يجوز لأى باحث آخر أن يصل فى أى وقت لاحق إلى نتائج مخالفة للنتائج العلمية السابق اثبــاتها[2] .

وغنى عن الذكر فإن الحقيقة القضائية التى تنتج عن الاثبات القضائى ينبغى أن تكون مطابقة بقدر الامكان للحقيقة الواقعية . ومع ذلك فقد يحدث اختلاف بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية . فالحق قد يكون موجوداً فى الحقيقة والواقع ، ولـكن لايوجد دليل قضائى مقبول على وجوده مما يؤدى إلى عدم الاعتراف به أمام القضاء . وهكذا يوجد الحق فى الواقع ولـكن ينكر وجوده أمام القضـاء .

والمقارنة المحتملة بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية قد تؤدى إلى صدور حكم قضائى ظالم ، على خلاف الأصل فى أن وظيفة القاضى هى أن يحكم بالعــدل باعتباره هو نفسه العدل المجسم على حد تعبير أرسطو[3] . ولـكن هذه المقارنة لا ترجع إلى عيب فى النظام القضائى ، وإنما ترجع إلى القصور الموجود فى كل عمل انسانى ، وهو قصور لاعلاج له ، وان أمكن التخفيف من آثاره الضــارة عن طريق المحاولة المستمرة فى اختيار النظام الأصلح سواء فى احكامه أو فى القائمين على تطبيقه .

وتتراوح نظم الاثبات القضائى المعروفة بين ثلاثة نظم ندرسها فيما يأتى :

---

(١) طرفى ورينو ، ج ١ ، فقرة ٢١٠ ، ص ٣٤٣ ؛ أوبرو و رو وبارتان ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، هامش ٢ مكرر ، ص ٦٣ .

(٢) راجع فى القيمة المؤقتة للحقائق العلمية ، جورج جيرفتش ، الديالـكتيك والاجتماع ، باريس ١٩٦٢ ، ص ١٧ وما بعدها .

(٣) أرسطو ، الأخلاق ، ٥ ، ٤ ، ٧ ، ٨ .

٣ – نظم الاثبات القضائى المعروفة :

تنقسم نظم الاثبات القضائى إلى ثلاثة نظم معروفة ، هى نظام الاثبات الحر أو المطلق ، ونظام الاثبات القانونى أو المقيد ، ونظام الاثبات المختلط[١].

أما نظام الاثبات الحر فهو الذى يطلق الحرية للقاضى فى الوصول إلى الحقيقة القضائية بأى طريقة يراها مؤدية إلى اقناعه دون تقييده بطريقة معينة كالكتابة أو غيرها[٢]. وميزة هذا النظام أنه يؤدى إلى الوصول إلى الحقيقة الواقعية وإلى المطابقة بينها وبين الحقيقة القضائية بما يحقق العدل ، وبغير تقيد بطريق معين من طرق الاثبات قد يؤدى إلى حجب الحقيقة عن القاضى مع أنها واضحة أمامه من غير هذا الطريق . وتأخذ القوانين ذات النزعة الجرمانية والانجلوسكسونية بنظام الاثبات الحر .

ولكن كما يلاحظ البعض فإن العدالة التى يمكن أن يؤدى إليها هذا النظام ، هى عدالة ظاهرية أكثر منها حقيقة ،لأن اطلاق الحرية للقاضى فى وسائل الاثبات قد يؤدى إلى الجور أو التحكم فتبتعد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية أكثر من ابتعادها فى نظام الاثبات القانونى أو المقيد[٣].

أما نظام الاثبات المقيد أو القانونى ، فهو النظام الذى يحدد طرق الاثبات الجائز قبولها أمام القضاء .كالكتابة أو البينة أو القرائن ...الخ ، ويحدد قيمة كل طريقة من هذه الطرق بما فى ذلك تدرج هذه الطرق فى القيمة . وفى هذا النظام

---

(١) راجع فى هذا الموضوع بصفة خاصة GORPHE ، تقدير الادلة أمام القضاء ، ١٩٤٧ ، ص ١٤ وما بعدها .

(٢) بلانى وريبير ، ج ١ ، فقرة ١٢١١ ، ص ٣٤٣ .

(٣) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٢٨ ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، الاثبات فى المواد المدنية ، ١٩٥٥ ، ص ٨ .

لا يجوز للخصوم كما لا يجوز للقاضي أن يسمح للخصوم باستخدام طريقة أخرى للاثبات غير الطريقة التي حددها القانون أو على خلاف ما تؤدي إليه الطريقة التي حددها القانون . ومن الأمثلة المبالغ فيها لنظام الاثبات القانوني ما كان متبعاً في القرون الوسطى من طرق الاثبات الإلهي ، أو الاثبات عن طريق المبارزة القضائية [1] ... الخ . ويعيب هذا النظام أن الأخذ به على اطلاقه قد يؤدي إلى مفارقة واضحة بين الحقيقة القضائية وبين الحقيقة الواقعية . ولكن تقابل هذا العيب ميزة هي البعد عن التحكم وضمان الاستقرار .

ويلاحظ البعض أن نظام الاثبات المقيد هو نوع من الشكلية في القانون ، بينما ينسجم نظام الاثبات الحر مع مبدأ الرضائية [2] .

ونظراً للعيوب وللمزايا الواضحة في كل من نظام الاثبات الحر ونظام الاثبات المقيد ، فقد يكون من الأفضل التوفيق بين النظامين في نظام ثالث ، يأخذ ما في النظامين من مزايا ويتلافى ما فيهما من عيوب ، وهذا هو نظام الاثبات المختلط . وهو ما يأخذ به المشرع المصري والمشرع الفرنسي كذلك . ففيما يتعلق باثبات العقود والتصرفات المدنية ، فإن النظام المعمول به سواء في فرنسا أو في مصر هو نظام الاثبات القانوني . أما بالنسبة للقانون التجاري فإن الأصل هو الحرية في الاثبات مع الأخذ أيضاً ببعض طرق الاثبات المحددة . وفي نطاق القانون الجنائي فإن النظام السائد هو نظام الاثبات الحر [3] .

---

(١) مارتي ورينو ، ج ١ ، فقرة ٢١١ ، ص ٣٤٣ .

(٢) مارتي ورينو ، ج ١ ، فقرة ٢١١ ، ص ٣٤٣ .

(٣) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٢٩ ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، ص ٩ ؛ مارتي ورينو ، ج ١ ، فقرة ٢١١ ، ص ٣٤٣

٤ - مكان قواعد الاثبات فى القانون :

رغم أن قواعد الاثبات لا تتعلق بفرع بذاته من فروع القانون - كما سبق أن ذكرنا - إلا أنها تتصل مع ذلك اتصالا وثيقا بالقانون المدنى من ناحية وقانون المرافعات من ناحية أخرى . والصلة الوثيقة بين قواعد الاثبات وبين القانون المدنى ترجع إلى أن مشكلة الاثبات تثور فى معظم الأحيان بصدد حق من الحقوق التى ينظمها القانون المدنى . أما الصلة الوثيقة بين قواعد الاثبات وبين قانون المرافعات فترجع إلى أن مشكلة الاثبات تثور غالبا أمام القضاء وهو ما يحتاج إلى تنظيم يدخل فى القواعد الإجرائية لقانون المرافعات .

وقد ذهبت بعض التشريعات إلى تغليب الصلة بين قواعد الاثبات وقانون المرافعات فأدخلت قواعد الاثبات فى قانون المرافعات واعتبرتها جزءاً من القانون المذكور ، ومن هذه التشريعات القانون الألمانى والقانون السويسرى [١] .

ولكن الفقه السائد سواء فى فرنسا أو فى مصر [٢] يرفض اعتبار قواعد الاثبات جزءاً من قانون المرافعات ، ويرى أنه إذا كان لابد من الاختيار بين ادخال قواعد الاثبات فى قانون المرافعات أو ادخالها فى القانون المدنى فالأولى ادخالها فى القانون المدنى ، لأن معظم قواعد الاثبات قواعد موضوعية تتصل إتصالا جوهريا بوجود الحق سواء من ناحية الموضوع أو من ناحية الشكل .

وتفسير ذلك أن أهم ما تتضمنه قواعد الاثبات هو بيان طرق الاثبات المختلفة كالكتابة والبينة وغيرها ، وبيان قيمة كل طريق من هذه الطرق ، وتدرجها فى القيمة ، وكذلك بيان من يقع عليه عبء الاثبات ، وكل هذه أحكام موضوعية

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٣٤٧ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٠٦ ، ص ٨٢٦ ، بودرى وبارد ، ج ٣ ، فقرة ٢٠٠٩ ، ص ٤٢ . عبد الرزاق السنهورى . الوسيط ، ج ٢ ، ص ١٨ .

لا تتعلق بإجراءات التقاضي . ومن المتصور أن تثور مشكلة الاثبات بعيداً عن أية خصومة قضائية ، كما لو احتاج صاحب الحق إلى اثبات وجود حقه فى تعامله العادى مع غيره من الأفراد أو فى تعامله مع جهة من جهات الادارة . ومن المعروف أن من الأدلة ما يعد مقدما preuves préconstituées قبل أن تدعو الحاجة إلى ذلك على سبيل الاحتياط .

ومن ناحية أخرى فإن طرق الاثبات المقررة تعتبر نوعا من الشكلية فى القانون [١] ، وهى بهذا تمس الحق فى وجوده . فلئن كان مبدأ الرضائية قد ساد فى القوانين الحديثة ولم يعد القانون يشترط شكلا خاصا لانعقاد التصرف كقاعدة عامة ، إلا أن اشتراط القانون طريقا خاصا من طرق الاثبات كالكتابة مثلا يكاد لا يقل أثراً من الناحية العملية عن اشتراط شكل خاص لانعقاد التصرف ، لأنه إذا تخلف الطريق المحدد للاثبات فإن التصرف يكون موجوداً من الناحية النظرية ولكن قد يستحيل اثبات وجوده من الناحية العملية إذا لم ينجح صاحب المصلحة فى العثور على طريق آخر يقوم مقام الكتابة كالاقرار أو اليمين [٢] .

والصلة الوثيقة بين قواعد الاثبات وبين قواعد الشكل هى التى دعت — فى نطاق القانون الدولى الخاص — إلى اخضاع القواعد الموضوعية للاثبات للقانون الذى يحكم شكل التصرف وليس للقانون الذى يحكم الإجراءات [٣] .

---

(١) مارتى ورينو ، ج ١ ، فقرة ٢١١ ، ص ٣٤٣ ؛ بلانيول وريبير وجابولد ، فقرة ١٤٠٨ ، ص ٨٢٩ .

(٢) هناك فارق جوهرى بطبيعة الحال بين شكل التصرف الذى بغيره لايتم التصرف ، ولا يجوز الاستغناء عنه بأى شىء آخر . كما لا يجوز للطرفين الاتفاق على عدم الالتجاء إليه ، وبين الكتابة كطريق من طرق الاثبات يجوز أن يقوم مقامه شىء آخر كالاقرار أو اليمين ، كما يجوز أن يتفق الطرفان على عدم الحاجة إليه راجع : بلانيول وريبير وجابولد . ج ٧ فقرة ١٤٠٨ ، ص ٨٣٠ .

(٣) راجع فى هذا الموضوع ، هشام على صادق . تنازع القوانين . الطبعة الثانية . ص ٢٧٥ =

وبالاضافة إلى ذلك فإن قواعد الاثبات تتصل أشد الاتصال بموضوع الحق، وأكبر دليل على ذلك أن الاثبات هو بحسب الأصل من عمل الخصوم[1] . أما القاضى فإنه يقف فى الدعوى موقفاً محايداً على النحو الذى سنذكره فيما بعد . وكما يتحمل الخصوم وحدهم عبء الاثبات ، فإنه يجوز لهم الاتفاق على طرق أخرى للاثبات لأن قواعد الاثبات ليست من النظام العام بحسب الأصل[2] .

ومراعاة لكل هذه الاعتبارات فقد ذهبت القوانين اللاتينية وما شاكلها كالقانون الفرنسى والقانون المدنى المصرى القديم والجديد وكذلك قانون المرافعات المصرى السابق، إلى التفرقة بين قواعد الاثبات الموضوعية وهذه تدخل فى القانون المدنى وتعتبر جزءاً منه،وبين اجراءات الاثبات وهذه تدخل فى قانون المرافعات. مع ملاحظة أن القواعد الموضوعية تمثل الجزء الغالب من قواعد الاثبات .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى الجديد بصدد التفرقة المشار إليها أنه « يقوم مذهب الفريق الأخير من التقنينات على التفريق بين طائفة القواعد المتعلقة بالتنظيم الموضوعى ، وبين طائفة القواعد المتعلقة بالشكل والاجراءات . ويلحق الأولى بالتقنين المدنى ، ويفرد للثانية مكاناً فى تقنين المرافعات . وتشتمل الطائفة الأولى على الأحكام المتعلقة بمحل الاثبات ، وبيان

= والمراجع المشار إليها.والقانون الذى يحكم الشكل وبالتالى يحكم قواعد الاثبات الموضوعية هو طبقا للمادة ٢٠ من القانون المدنى ، قانون بلد ابرام التصرف أو القانون الذى يسرى على موضوع التصرف أو قانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك . أما القانون الذى يحكم الاجراءات فهو بحسب المادة ٢٢ من القانون المدنى ، قانون الدولة التى تقام بها الدعوى أو تباشر فيها الاجراءات .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٠٦ ، ص ٨٢٦ .

(٢) نقض ١٩٥٢/١١/٢٩ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة ، ١٠ ص ٨٢ ، فقرة ٤٢٧ وسنعود إلى دراسة هذه المسألة فيما بعد .

من يقع عليه عبؤه وتفصيل طرقه ، وأحوال إعمال كل من هذه الطرق . وغنى عن البيان أنه يقصد من هذه الأحكام بوجه عام إلى انتفاء المنازعات ، وتأمين ما ينبغى للتعامل من استقرار ، ولعل هذا الغرض الوقائى بذاته هو أبرز ما ينهض لتوجيه وضعها فى نصوص التقنين المدنى ، باعتباره الأصل الجامع المبادىء العامة فى القانون . أما ما يتعلق من الأحكام بإعمال طرق الاثبات ، فهو يتصل بناحية الشكل والاجراءات ولا سيما ما يقوم من هذه الطرق على التحقيق أو الخبرة . وبديهى أن مثل هذه الأحكام أخص نطاقاً من الأحكام الموضوعية وهى تتسم على وجه الأفراد بطابع قضائى يجعل خطابها ينصرف بوجه خاص إلى من يعهد إليهم بتطبيق القانون والفصل فى المنازعات ، فأخلق بها ، والحال هذه ، وأن تحتل مع سائر ما يتعلق بخصوصيات الشكل والاجراءات صعيداً واحداً فى تقنين المرافعات[1] » .

ولكن يلاحظ أن المنهج الذى اتبعه القانون الفرنسى ، وكذلك القانون المدنى المصرى وقانون المرافعات المصرى الملغى لايخلو من النقد . فالقانون الفرنسى وضع قواعد الاثبات مع القواعد التى تحكم العقد ، وهذا ما ينتقده الفقه الفرنسى بشدة لأن قواعد الاثبات لا تتعلق فقط بالعقد بل تتعلق بكل مصادر الالتزام بل ومصادر الحقوق العينية وسائر الحقوق الأخرى[2] . أما القانون المدنى المصرى الجديد فقد وضع قواعد الأثبات فى النظرية العامة للالتزام (الباب السادس من الكتاب الأول) ، وهو بذلك يتلافى بعض النقد الذى يتعرض له القانون المدنى الفرنسى ، ولكنه لايتلافى كل النقد الذى يرجع إلى أن قواعد الاثبات عامة لا تتعلق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٣٤٧ — ص ٣٤٨ . وقد أخذت بنفس الفكرة المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ، راجع عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ١٨ هامش ٢ .

(٢) بودان وبيرو ج ٩ ، فقرة ١١٤ ص ٢٠٨ ؛ بيرو ، انسكلوبيدى دالوز ج ٤ ، ص ١٠٣ ، فقرة ٥ .

بالالتزامات وحدها بل تتعلق بالحقوق جميعاً المالية منها وغير المالية . ولا يوجد عذر فى المنهج الذى اتبعه القانون المدنى الجديد إلا ما يقوله الدكتور عبد الرزاق السنهورى من أن « الناس قد ألفت أن تبحث عن قواعد الاثبات فى النظرية العامة للالتزام »[١] .

ولكن ما ألفه الناس لاينبغى أن يحول دون محاولة وضع الأمور فى نصابها من ناحية الصياغة القانونية الدقيقة . ولعل أفضل منهج فى هذا الشأن هو ما اتبعه القانون الانجليزى من وضع قانون مستقل للاثبات يجمع بين أحكامها الموضوعية وقواعدها الاجرائية ، ويكون بذلك صالحاً للتطبيق، ليس فقط على الالتزامات بل على سائر الوقائع والتصرفات التى تنشأ عنها الحقوق والمراكز القانونية من أى نوع كان . وقد نحا هذا النحو القانون الامريكى[٢] ، وكذلك القانون السودى[٣] . بل أن المشرع المصرى نفسه عند وضع التقنين المدنى ، كاد أن يأخذ بهذا المنهج ، وصرح فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى بأن « مسألة استحسان أفراد كتاب خاص للاثبات والشهر لا تزال جديرة بالنظر والتفكير »[٤] .

وقد جاء الوقت المناسب للأخذ بهذا الاتجاه عندما أصدر المشرع قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، فقد أخرج المشرع من هذا القانون القواعد المتعلقة باجراءات الاثبات تمهيداً لادماجها فى قانون موحد للاثبات يشمل قواعده الموضوعية واجراءاته الشكلية على السواء . وقد صدر هذا القانون بالفعل وهو القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بشأن الاثبات فى المواد المدنية والتجارية .

(١) عبد الرزاق السنهورى ، جـ ٢ ، ص ٢١ .

(٢) قانون الاثبات الامريكى Law of evidence يشمل قواعد الاثبات المدنية والجنائية على السواء ، راجع المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

(٣) يسمى قانون البينات ، راجع عبد الرزاق السنهورى ، جـ ٢ ، ص ٨ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٣ ، ص ٣٤٨ .

٥ — قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ :

صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية ، ونص فى المادة الأولى منه على أن « يلغى الباب السادس من الكتاب الأول من القسم الأول من القانون المدنى والباب السابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ، ويستعاض عن النصوص الملغاة بنصوص القانون المرافق كما يلغى كل نص آخر يخالف أحكامه » . ونصت المادة الثانية على أن « ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره » . وقد نشر هذا القانون فى ٣٠ مايو سنة ١٩٦٨ [١] .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع هذا القانون أنه أخذ باتجاه التشريعات الانجلوسكسونية ، فصل قواعد الاثبات الموضوعية من القانون المدنى وأحكامه الإجرائية من قانون المرافعات وجمعها فى تقنين مستقل ، لما رآه فى ذلك من تيسير على صاحب الحق فى التعرف على ما يسند حقه من دليل وطريق تقديمه للقضاء وتجنب الصعوبات التى تنجم عن تشتيت مواد الاثبات بين القانون المدنى وقانون المرافعات مع الصلة الوثيقة التى تجمعها حتى ليتعذر فى كثير من الصور تحديد ما هو منها موضوعى خالص أو إجرائى خالص ، بل أنه لو أمكن ذلك لما كان مرغوبا فيه إذ أن كليهما ينبنى حكمه على الآخر ، وأخيراً فقد رأى المشروع فى هذا المسلك تخلصا من النقد الذى يوجه إلى مواد الاثبات فى القانون المدنى القائم إذ جاءت فى نهاية الكتاب الأول من القسم الأول الخاص بالالتزامات أو الحقوق الشخصية فى حين أن حكمها يسرى على الحقوق الشخصية والحقوق العينية جميعاً [٢] .

---

(١) الجريدة الرسمية ، العدد ٢٢ ، الصادر فى ١٩٦٨/٥/٣٠ .

(٢) راجع نص المذكرة الايضاحية فى، أحمد ابو الوفا ، المستحدث فى قانون المرافعات ■

ورغم أن الاعتبارات التى على أساسها تم توحيد قواعد الاثبات فى قانون واحد ، أقوى من الاعتبارات التى كانت توزع هذه القواعد بين القانون المدنى وقانون المرافعات ، إلا أن بعض الفقه لازال يؤكد أن الجمع بين قواعد الاثبات فى قانون واحد لايمكن أن يؤدى إلى الغاء الفروق الطبيعية بين قواعد الاثبات الموضوعية وبين اجراءات الاثبات ، وهى فروق تظهر آثارها فى مواضع متعددة سواء من حيث القانون الواجب التطبيق فى تنازع القوانين من حيث المكان ، وكذلك من حيث [illegible] الواجب الأخذ بها فى تنازع القوانين من حيث الزمان[1]. ولا شك أن هذا الرأى جدير بالاعتبار حتى لايؤدى التأييد المطلق للاتجاه الذى سلكه المشرع أخيراً إلى اغفال الفروق الطبيعية بين نوعى قواعد الاثبات .

٦ - تنازع قواعد الاثبات من حيث الزمان :

توالت التشريعات التى تقرر قواعد الاثبات الموضوعية ابتداء من القانون المدنى القديم إلى القانون المدنى الجديد إلى قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ، وحدث نفس الشىء بالنسبة لاجراءات الاثبات التى كانت تقررها قوانين المرافعات المتعاقبة إلى أن استقرت فى قانون الاثبات المشار إليه .

ورغم طول المسافة الزمنية وتوالى التشريعات فإن قواعد الاثبات لم تدخل عليها منذ عهد الاصلاح القضائى فى أواخر القرن الماضى إلى الآن تعديلات جوهرية كثيرة . فبالنسبة للقواعد الموضوعية للاثبات فإن القانون المدنى الجديد ، أعاد

= وقانون الاثبات ، ١٩٦٨ ، ص ٢٨٦ وما بعدها ، التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الاثبات ، ١٩٦٩ ، ص ١٠٣٥ وما بعدها .

(١) رمزى سيف ، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، قانون المرافعات والاثبات الجديدين رقم ١٣ ، رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ، ص ٦٠٩ .

النص - مع ترتيب جديد فى الصياغة - على نفس القواعد التى كان يقررها القانون المدنى القديم ، وتلك التى جرى عليها القضاء فى ظل ذلك القانون [1] . أما قانون الاثبات الجديد فهو يكاد ينقل حرفيا نفس النصوص المقررة فى القانون المدنى الجديد ، دون أن يخلو الأمر بطبيعة الحال من أدخال بعض التعديلات والاضافات التى سنذكرها فى موضعها .

ومن قبيل هذه التعديلات ان المادة ٦٠ من قانون الاثبات وهى المقابلة للمادة ٤٠٠ من القانون المدنى ، رفعت النصاب الجائز فيه الاثبات بالبينة إلى ما لايجاوز عشرين جنيها ، بعد أن كان لايجوز الاثبات بالبينة فى ظل القانون المدنى فيما يجاوز قيمته عشرة جنيهات . ومن الطبيعى أن يثور بصدد هذا الحكم وبصدد غيره من الأحكام التى طرأ عليها تعديل ، تنازع زمانى بين القانون المدنى وبين قانون الاثبات ، أو بين قانون المرافعات السابق وبين قانون الاثبات . ولحل مثل هذا التنازع فإن المادة ٩ من القانون المدنى تنص على أن « تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل ، أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه إعداده » .

وينطبق هذا النص على قواعد الاثبات الموضوعية التى تحدد الأدلة التى يجب اعدادها مقدما preuves préconstituées . وطبقا لهذا النص فإن القانون الذى تم فى ظله اعداد الدليل أو الذى كان ينبغى أن يتم فى ظله هو الذى يسرى على هذا الدليل من حيث بيان وجوبه وتحديد شروطه وقيمته . ويرجع هذا الحكم إلى أن الدليل الذى ينبغى اعداده مقدما يعتبر قريب الصلة من عناصر تكوين التصرف

(١) من القواعد التى قنن بها القانون المدنى الجديد ما كان يجرى عليه القضاء فى ظل القانون المدنى القديم تلك التى تتعلق بتحديد الورقة الرسمية والورقة العرفية ودفاتر التجار والأوراق المنزلية ، وجواز منع توجيه اليمين الحاسمة وجواز اثبات العكس فيها . راجع عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٢٤

كما سبق أن ذكرنا [1] : ولذلك فـــلا يجوز أن يسرى قانون جديد على ما تم تكوينه فى ظل قانون سابق من تصرفات قانونية ، سواء فى ذلك العناصر المكونة لهذه التصرفات أو الأدلة المعدة لاثباتها [2] .

وطبقا لهذا المبدأ فإن التصرفات التى تم ابرامها فى ظل القانون المدنى لا يجوز إثباتها بالبينة فى ظل قانون الاثبات إذا زادت قيمتها على عشرة جنيهات ولو كانت لم تجاوز عشرين جنيها [3] .

ومن ناحية أخرى فإن القرائن القانونية تعتبر من الأدلة المعدة مقدماً وإن كانت قد تقررت بحكم القانون، ولذلك فيسرى عليها أيضاً القانون المعمول به وقت توافر الوقائع التى يقيم عليها القانون هذه القرائن .

أما الأدلة التى يجرى اعدادها أثناء الخصومة فهى تخضع للقانون المعمول به فى ذلك الوقت [4] .

وبالنسبة لاجراءات الاثبات فهى تخضع للقانون الجديد الذى يسرى بأثر مباشر على الدعاوى القائمة . وكانت المادة ١٧ / ١ من المشروع التمهيدى للقانون

---

(١) راجع ما سبق ، فقرة ٤ .

(٢) حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، ١٩٦٩ ، ص ٢٧٠ .

(٣) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٢٥ ، الهامش ؛ حسن كيره ، ص ٢٧٠ . ويذهب رأى فى القانون الفرنسى إلى جواز الاثبات بالبينة فى هذه الحالة لأنه لا يجوز أن تبرأ ذمة المدين نتيجة لتمسكه بقاعدة تبت عدم صلاحيتها ، على خلاف ما إذا قرر القانون الجديد تخفيض النصاب الجائز الاثبات فيه بالبينة ، فلا يسرى عند أصحاب هذا الرأى (أوبرى ورو) حكم القانون الجديد . أنظر فى نقد هذه التفرقة :

Roubier ; Le droit transitoire , 1960, T. 1, No 55 .

وأنظر فى الدفاع عنها : بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٥٧ ص ٢٢٩ .

(٤) روبيه ، المرجع السابق ، فقرة ٥٠٤ ؛ حسن كيره ، ص ٢٧٠ ؛ عبد الرزاق السنهورى ص ٢٥ ، الهامش .

المدنى تنص على أن « تسرى النصوص المتعلقة باجراءات الاثبات من وقت العمل بها على جميع الدعاوى القائمة » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لأن مكانه فى قانون المرافعات[1] .

٧ — خطة الدراسة :

تنقسم دراستنا فى هذا الكتاب إلى خمسة فصول ، ندرس فيها على وجه الترتيب ، مبدأ حياد القاضى ، ومحل الإثبات ، وعبء الإثبات ، وطرق الإثبات ، والأدلة ذات القوة المطلقة

---

(١) راجع المادة الأولى من قانون المرافعات . وجدير بالذكر أن قانون الاثبات الجديد لم ينص على احكام التنازع الزمانى لقوانين الاثبات ، بل لا زالت هذه الأحكام موزعة بين القانون المدنى وقانون المرافعات .

الفصل الأول
مبدأ حياد القاضى

٨ – دور القاضى فى الاثبات :

يتوقف دور القاضى فى الاثبات على تحديد النظام المأخوذ به وهل هو نظام الاثبات الحر أم نظام الاثبات القانونى أم نظام الاثبات المختلط على النحو السابق دراسته [١].

ونظراً لان التشريعات اللاتينية ، تأخذ بنظام الاثبات القانونى، فى الدعاوى المدنية ، كقاعدة عامة ، فإنه يترتب على ذلك تحديد دور القاضى فى الاثبات وفى تسيير الدعوى بصفة عامة ، وهو ما يعبر عنه بمبدأ حياد القاضى .

ولا يقصد بمبدأ حياد القاضى ، عدم تحيزه ، فذلك مفروض فيه بداهة بحكم وظيفته [٢]. ولكن يقصد به أن الاثبات هو حق الخصوم وواجبهم فى حدود القانون . فالخصوم هم الذين يقومون بالطلبات والدفوع وهم الذين يقدمون وسائل الاثبات التى يحددها القانون ، وعلى القاضى أن يفصل فى طلبات الخصوم على أساس الأدلة التى تقدموا بها وبحسب قيمة هذه الأدلة طبقاً للقانون . وفى جميع الاحوال فإن القاضى لا يحكم على الشخص إذا وصل إليه هذا العلم خارج المناقشة الدائرة بين الخصوم وقبل اقفال باب المرافعة [٣]. والسبب فى أن القاضى لا يحكم بعلمه الشخصى أنه لو جاز ذلك، لكان من الجائز أيضاً لأى من الخصوم أن يرد على مايعلمه القاضى

---

(١) راجع ما سبق ، فقره ٢ .

(٢) بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقره ١١٥١ ، ص ٢١٨ .

(٣) مارتى ورينو، ج ١ فقرة ٢١٢ ، ص ٢٤٥ ، وراجع الأحكام الفرنسية العديدة المشار إليها فى هذا الموضوع .

طبقاً لحق الخصوم فى الدفاع ، وهو مايؤدى إلى أن يصبح القاضى خصماً وحكماً فى نفس الوقت وهذا غير معقول[١] ».

وإذا كان هذا هو المقصود بمبدأ حياد القاضى فإن الفقه التقليدى كان يذهب إلى تصوير هذا المبدأ تصويراً فيه الكثير من المبالغة على النحو الذى يقول به الأستاذ « تيسييه » من أن « القاضى هو نوع من الآلة الميكانيكية التى تقدم لها مواد القضية لتستخرج منها بعد ذلك حكماً »[٢]. والواقع أن هذا التشبيه المبالغ فيه لم يعد يتفق مع القانون الحديث، ولا مع القانون المدنى المصرى الجديد بصفة خاصة، الذى أجاز للقاضى فى حالات استثنائية أن يعدل العقود الظالمة ، كما فى حالات الاذعان والاستغلال والظروف الطارئة وغيرها ، بما يؤدى إلى خلق التزامات جديدة لم تكن موجودة من قبل ، بحيث أصبح دور القاضى يتخطى مجرد تقرير الحقوق إلى خلق هذه الحقوق وانشائها . وهو دور إيجابى وخلاق لا يتفق مع تشبيه القاضى بالآلة الميكانيكية[٣]. فالقاضى هو رجل العـــدل الذى يمسك بالميزان بين طرفين حسب تعريف ارسطو، وهو التعريف الذى لم يتخطاه الفكر القانونى الحديث حتى الآن فى تحديد المقصود بالعمل القضائى أو تحديد المقصود بوظيفة القاضى .

ولذلك فإن الفقه الحديث يتجه إلى الاعتقاد بأن مبدأ حياد القاضى لايتعارض مع اعطاء القاضى دوراً ايجابياً فى تسيير الدعوى وفى اجراءات الاثبات ، وهو ماعبرت عنه المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الاثبات الجديد بقولها أن المشروع

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط جـ ٢، ص ٢١ . وان كان الدكتور السنهورى لايعتبر عدم جواز حكم القاضى بعلمه فرعا من مبدأ حياد القاضى وانما هو نتيجة لحق الخصوم فى مناقشة أى دليل . ولكن الواقع أن المسألتين مرتبطتان ببعضهما ارتباطا لايمكن فصله .

(٢) المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٠٦، ص ٦٤٨، مشار اليه فى بودان ويبرو، جـ ٩، فقرة ١٥١١ ، ص ٢٠١٩ .

(٣) راجع سمير تناغو ، الالتزام القضائى ، باريس ، ١٩٦٥ .

قد حرص على « تحقيق مزيد من ايجابية القاضي وفاعليته بتزويده بمزيد من حرية الحركة في هذه المرحلة الهامة من مراحل الدعوى حتى لا يترك كشف الحقيقة رهيناً بمبارزة الخصوم وحدهم ، والحرص على استقرار الحقوق وسد باب الحيلة أمام طلاب الكيد أو هواة المطل »[1].

ومن الأمثلة على الدور الايجابي للقاضي - كما كان مقرراً في قانون المرافعات السابق والقانون المدني الجديد ولا زال مقرراً في قانون المرافعات الجديد وقانون الاثبات الجديد - حق القاضي في أن ينتدب خبيراً أو أن يجري معاينة أو أن يستدعي أحد الخصوم للحضور بنفسه أمام المحكمة ،أو أن يوجه اليمين المتممة لأحد الخصوم ، أو أن يأمر بالتحقيق والاثبات بالبينة حيث يسمح بذلك القانون . وحقه في العدول عن أي اجراء أمر به أو ألا يأخذ بنتيجة هذا الاجراء .

ولكن من أهم مظاهر الدور الايجابي للقاضي مما استحدثه قانون المرافعات الجديد هو ما نصت عليه المادة ١/١١٨ من هذا القانون من أن « للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بادخال من ترى ادخاله لمصلحة العدالة أو لاظهار الحقيقة » . ومن أهم مظاهر الدور الايجابي للقاضي مما استحدثه قانون الاثبات هو ما نصت عليه المادة ٢/٧٠ من هذا القانون من أنه يجوز للمحكمة « أن تستدعي للشهادة من ترى لزوماً لسماع شهادته اظهاراً للحقيقة » ،ولو لم يستشهد به أحد من الخصوم[2].

---

(١) راجع نص المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات في : أحمد ابو الوفا ، المستحدث في قانون المرافعات الجديد وقانون الاثبات ص ٢٨٨ .التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الاثبات ، ص ١٠٢٧ .

(٢) جاء في المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الاثبات بصدد هذا النص « أضاف المشروع في المادة ٧٠ منه فقرة جديدة الى نص المادة ١٩٠ المقابلة لها في قانون المرافعات القائم (الملغى) ، تبيح للقاضي استدعاء من يرى سماع شهادته اظهاراً للحقيقة ولو لم يستشهد به أحد من الخصوم ،على أن يكون له هذا الحق كلما أمر باجراء الاثبات بشهادة الشهود ، سواء =

والواقع ان اعطاء القاضى الحق فى ادخال من يرى إدخاله فى الدعوى أو استدعاء من يرى سماع شهادته ، من شأنه أن يحد كثيراً من مبدأ حياد القاضى ، بحيث يكاد يصبح مدلول هذا المبدأ قاصراً على فكرة أن القاضى لا يحكم بعلمه الشخصى [1] .

ومن ناحية أخرى فإن عدم جواز حكم القاضى بعلمه الشخصى - وهو الحد الأدنى لمبدأ حياد القاضى - لا يمكن الاطمئنان إلى تطبيقه بكل دقة إلا إذا أراد القاضى ذلك بحسب ما يمليه عليه ضميره . فالقاضى يستطيع إذا تجرد من ضميره أن يقضى بعلمه الشخصى . ويستطيع فى نفس الوقت أن يتفادى رقابة النقض بألا يذكر شيئاً فى أسباب الحكم مما كان يعلمه شخصياً وأصدر حكمه على أساسه ، بل يعمد إلى تسبيب حكمه من الوقائع المذكورة فى الدعوى . وهو فى هذه الحالة لايتعرض انقض حكمه إلا إذا وقع فى قصور أو تناقض فى التسبيب . أما إذا استند الحكم إلى أسباب سائغة مستمدة من وقائع الدعوى فإنه لايتعرض للنقض حتى ولو كان القاضى قد حكم فعلا على أساس علمه الشخصى [2] .

= كان ذلك من تلقاء نفسه اعمالا لحكم الفقرة الأولى من نفس المادة ، أو استجابة لطلب الخصوم . وقد قصد المشروع من حكم الفقرة التى أضافها توكيد الدور الايجابى للقاضى ، ومنحه مزيداً من الفاعلية فى توجيه الدعوى فى احدى مراحلها الهامة ، حتى يتمكن من تحرى الحقيقة واستخلاصها نقية مما يخلفها به مسلك الخصوم حسبما تمليه عليهم مصلحة كل منهم الخاصة فى الاثبات » . وجاء فى تقرير اللجنة التشريعية أن هذا الحكم « مظهر لفكرة واحدة ، هى تمكين القاضى من الهيمنة على الدعوى والوصول الى الحقيقة فيها غير مقيد بمسلك الخصوم » . راجع نص المذكرة الايضاحية ، ونص تقرير اللجنة التشريعية ، أحمد ابو الوفا ، المستحدث ، ص ٤٢٣ ، ص ٤٢٤ .

(١) يلاحظ البعض فى الفقه الفرنسى أن القاضى وإن كان يقوم بدور ايجابى يتمثل أحيانا فى الأمر بالإستماع الى الشهود ، الا أن الخصوم هم الذين يتولون أحضار هؤلاء الشهود ، وهو ما يؤكد مبدأ حياد القاضى . راجع مارتى ورينو ج ١ ، فقرة ٢١٢ ص ٣٤٥ ، وهو ما لايمكن القول به على اطلاقه فى ظل قانون الاثبات الجديد فى مصر ، حيث أصبح القاضى يستطيع أن يستدعى شهودا لم يستشهد بهم الخصوم فى الدعوى .

(٢) بودان : بيرو ج ٩ ، فقرة ١٥١١ ص ٢٢٢ .

ويظهر من ذلك بوضوح أن سلامة المبادىء القانونية لا تغنى عن نزاهة الأشخاص المكلفين بتطبيقها .

وخلاصة مبدأ حياد القاضى أن الاثبات هو حق الخصوم وواجبهم ، وأن القاضى لا يقضى فى الدعوى بعلمه الشخصى [1] ، وان كان يقوم فى تسييرها بدور إيجابى .

٩ — حق الخصوم فى الاثبات :

حق الخصوم فى الاثبات هو التعبير الايجابى عن مبدأ حياد القاضى . فالدعوى هى ملك الخصوم ، تبدأ حياتها بطلب يوجهه خصم إلى خصمه الآخر . ومقدم الطلب هو المدعى وعليه يقع عبء اثبات ما يدعيه . والطرف الآخر هو المدعى عليه ومن حقه أن يدفع طلب المدعى بكل وسائل الاثبات التى يملكها . والقاضى يقف موقفاً حيادياً من الخصمين ، بالمعنى السالف ذكره ، وعليه أن يمكن كل منهما من اثبات ما يدعيه هجوماً أو دفاعاً . وهو إذا منع أحدهما من ذلك كان مخلا بحق الخصوم فى الاثبات والدفاع .

هذه هى الفكرة العامة عن حق الخصوم فى الدفاع ، وهى تحتاج إلى تحديد سواء بالنسبة لكل خصم أو بالنسبة للقاضى .

١ — بالنسبة لكل خصم فإن من حقه فى الاثبات يتقيد بطرق الاثبات المنصوص عليها فى القانون . فلا يجوز له أن يلجأ إلى طريق غير منصوص عليه فى القانون [2] .

---

(١) جدير بالملاحظة أن منع القاضى من الحكم بعلمه الشخصى لا ينطبق على المعلومات المستقاة من الخبرة العامة . وقد قضت محكمة النقض بأنه « اذا كان الحكم المطعون فيه اذ عرض للنزاع فى شأن تحديد ما يخصم مقابل طعام عمال المؤسسة قد قرر أنه « ليس صحيحا أن يقدم للخدم ما يقدم للعملاء من طعام بل يجهز لهم عادة طعام قليل التكاليف » فان هذا الذى قرره الحكم ليس من قبيل المعلومات الشخصية المحظور على القاضى أن يبنى حكمه عليها ولكن من المعلومات المستقاة من الخبرة بالشئون العامة » . (نقض ١٩٥٩/٣/٢٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٠ ، ص ٢٥٩) .

(٢) قضت محكمة النقض أن الاستناد الى « (البشعة) كوسيلة لاثبات الحق أو نفيه =

ولا يجوز له الالتجاء إلى الاثبات بالبينة حيث يكون الواجب الاثبات بالكتابة، ولا يجوز له تجزئة اقرار خصمه إذا كان هذا الإقرار غير قابل للتجزئة، ولا يجوز له أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه إذا كان متعسفاً فى توجيهها [1].

ومن ناحية أخرى فلا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه، وهذه مسألة سوف نتناولها بالتفصيل فيما بعد. وكذلك فإن كل خصم يتحمل التزاماً قانونياً بأن يسعى إلى اثبات الصدق واظهار الحقيقة [2]. ويتفرع عن هذا الالتزام، التزام آخر فرعى، هو امكان اجبار الخصم على أن يقدم للمحكمة ورقة أو أى شىء آخر يحرزه من شأنه إظهار الحقيقة ولو استفاد من ذلك الخصم الاخر. وسندرس هذه المسألة فيما بعد. وأخيراً فإن الخصم لايجوز له أن يثبت واقعة لاتتوافر فيها شروط الاثبات، وهى أن تكون متعلقة بالدعوى منتجة فيها، ومن الجائز اثباتها، على النحو الذى سنبينه عند دراستنا لمحل الاثبات.

٢٠ - حق الخصم فى الاثبات يقابله حق الخصم الآخر فى اثبات عكس ما اثبته خصمه. وتطبيقاً لهذه الفكرة فقد نصت المادة ٦٩ من قانون الاثبات على أن «الاذن لأحد الخصوم باثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق». وإذا اثبت الخصم حقه بالكتابة الواردة فى ورقة رسمية جاز للخصم الآخر أن يطعن فى هذه الورقة بالتزوير. أما إذا كان الدليل الذى قدمه الخصم هو ورقة عرفية جاز للخصم الآخر أن ينكر خطه أو امضاءه أو

= هو ما تأباه سنن المجتمع وتحرمه قواعد النظام العام لما فيه احتمال ايقاع الأذى بالمتخاصمين» (نقض ١٩/٥/١٩٥٥. مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة، ج١، ص٢٧، رقم ١٠).

(١) عبد الرزاق السنهورى، ج ٢، ص ٣٥

(٢) بلانيول وريبير وجابولد، ج ٧، فقرة ١٤١١، ص٨٢٢، مع ملاحظة أن الالتزام بقول الصدق ليست له صفة مطلقة فى القانون المدنى.

أن يطعن فى هذه الورقة بالتزوير ، أو أن يثبت عكس ما هو وارد فيها بكتابة أخرى مثلها طبقاً لما يقرره القانون وعلى النحو الذى سندرسه فى موضعه .

وإذا كان الدليل الذى قدمه الخصم هو قرينة قضائية ، جاز للخصم الآخر أن يثبت عكس هذه القرينة بقرينة أخرى أو بأى طريق آخر. أما إذا كان الدليل الذى قدمه الخصم هو قرينة قانونية ، فإنه يجوز للخصم الآخر أن يثبت عكسها أيضاً لأن معظم القرائن القانونية قابلة لاثبات العكس[1]. أما القرائن القانونية التى لا تقبل اثبات العكس فهى قليلة ولابد من النص على صفتها القاطعة فى القانون .

وحق الخصم فى اثبات العكس يصدق أيضاً بالنسبة للاقرار واليمين ، فيجوز لمن يحتج به الإقرار أن يطعن فيه بالبطلان لعدم الأهلية أو لعيب من عيوب الإرادة. ويجوز لمن توجه إليه اليمين الحاسمة أن يردها لمن وجهها[2] .

٢ ـ وحق الخصوم فى الاثبات وفى اثبات العكس، يقيده وينظمه ما يتمتع به القاضى من دور ايجابى فى اجراءات الاثبات، ومن سلطة تقديرية فى تقدير الأدلة .

ومن الأمثلة على ذلك أن للقاضى أن يرفض الاذن بالسير فى اجراءات الطعن بالتزوير إذا رأى من وقائع الدعوى ومستنداتها ما يقنعه بصحة المحرر المطعون فيه بالتزوير (م ٥٢ من قانون الاثبات)[3]. وعلى العكس يجوز للقاضى ولو لم يدع أمامه بالتزوير أن يحكم برد أى محرر وتقرير بطلانه إذا ظهر له بجلاء

---

(١) من الامثلة على القرائن القانونية التى تقبل أثبات العكس ما نصت عليه المادة ٩١٦ مدنى من أن التصرف الصادر من المريض مرض الموت يعتبر قد صدر على سبيل التبرع ، ويأخذ حكم الوصية . راجع : سمير تناغو ، عقد البيع ، ١٩٧٣ ، فقرة ٩٩ .

(٢) راجع فى هذا الموضوع ، عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٣٥ ـ ص ٣٦ .

(٣) نقض ٤/٤/١٩٦٧ مجموعة المكتب الفنى س ١٨ ، ص ٧٦٠ ؛ نقض ٢٥/٥/١٩٦٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ١١٣٥ ؛ نقض ١٦/٣/١٩٦٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ٦٦٤ .

من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور (م ٥٨ من قانون الاثبات)[1] .
وكذلك يجوز للقاضي أن يقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من اسقاط قيمته في الاثبات أو انقاصها (م ٢٨ / ١ من قانون الاثبات) .

ويجوز للقاضي إذا رأى أن الدعوى في غير حاجة إلى استجواب رفض طلب الاستجواب (م ١٠٨ من قانون الاثبات)[2] . وكذلك يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أن يأمر بالإثبات بالشهادة في الأحوال التي يجيز فيها القانون الاثبات بشهادة الشهود ، وله أن يستدعي للشهادة من يرى لزوماً لسماع شهادته اظهاراً للحقيقة ولو لم يستشهد به أحد من الخصوم . وله أيضاً أن يرفض الاثبات بالشهادة إذا لم يجد في ذلك فائدة للحقيقة (م ٧٠ من قانون الاثبات)[3] .

وفي كل هذا للقاضي سلطة تقديرية في بحث الأدلة والمستندات المقدمة له وترجيح ما يطمئن إليه منها[4] .

---

(١) نقض ١٩٦٧/١١/٣٠ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٨ ، ص ١٧٩٦ ؛ نقض ١٩٦٧/٣/١٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٨ ، ص ٦٧٢ .

(٢) نقض ١٩٦٦/٣/٢٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٧ ، ص ٧٠٨ ؛ نقض ١٩٦٩/١١/١١ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٠ ، ص ١١٨٠ .

(٣) نقض ١٩٦٧/٥/٢٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٨ ، ص ١١٠٢ . ومن حق المحكمة كذلك العدول عما أمرت به من اجراءات الاثبات متى رأت أنه أصبح غير منتج وأن ما استجد في الدعوى بعد حكم الاثبات يكفي لتكوين عقيدتها . نقض ١٩٦٧/٣/٣٠ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٨ ، ص ٧٥١ ؛ نقض ١٩٦٧/١٢/١٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٨ ، ص ١٨٧١ ؛ نقض ١٩٦٩/٤/١٧ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٠ ، ص ٦٣٢ .

(٤) نقض ١٩٥٦/٥/٣١ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٧ ، ص ٦٧٢ ؛ نقض ١٩٥٦/١٢/٢٧ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٧ ، ص ١٠٢٢ ؛ نقض ١٩٥٧/٦/٢٧ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٨ ، ص ٦٤٣ ؛ نقض ١٩٥٧/١٢/١٩ ، مجموعة المكتب

وزيادة فى ايضاح ما يتعلق بحق الخصوم فى الاثبات ، ندرس فيما يلى بشىء من التفصيل قاعدة أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه ،وكذلك حدود قاعدة أنه لا يجوز اجبار الخصم على أن يقدم دليلا ضد نفسه .

١٠- لايجوز للخصم ان يصطنع دليلا لنفسه :

قاعدة أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه ،قاعدة منطقية تفرضها طبيعة الأشياء ، إذ لو جاز أن يصطنع أى شخص دليلا لنفسه ضد أى شخص آخر ، لما أمن انسان على نفسه أو ماله ، ولتعرض كل شخص لادعاءات لا حصر لها يصطنع أدلتها أشخاص آخرون ضده ، وفى هذا تعارض ليس فقط مع المبادىء العامة للاثبات ، بل مع جوهر القانون وأساس وجوده وهو العدل والنظام .

وعلى هذا النحو إذا كان القانون يشترط الكتابة للاثبات ، فلابد أن تكون هذه الكتابة صادرة من الخصم الذى يتم التمسك بالكتابة فى مواجهته . أما إذا كان الاثبات جائزاً بالبينة ، فلايجوز لخصم أن يشهد لنفسه ضد خصمه،وقد قضت محكمة النقض بأنه « لا يجوز اتخـــاذ أقوال أحد الخصوم فى محضر الاستجواب دليلا ضد خصمه »[1] .

وتطبيقاً لنفس المبدأ تنص المادة ٩٧٢ /١ من التقنين المدنى على أنه « ليس لاحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده ، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه

= الفنى ، س ٨ ، ص ٩٣٠ ؛ نقض ١٩٥٨/٦/١٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٩ ، ص ٥٩٧ ؛ نقض ١٩٥٨/١٢/٢٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٩ ، ص ٨٢٤ ؛ نقض ١٩٥٩/١٢/٢٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٠ ، ص ٢٥٩ ؛ نقض ١٩٥٩/١/٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٠ ، ص ٢٠٣ ؛ نقض ١٩٦٩/٢/١٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ٣٢٧ ؛ نقض ١٩٦٩/٢/١٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ٣٤٩ .

(١) نقض ١٩٦٩/٢/١٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ٣١٠ .

سبب حيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة »[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن « الانسان لا يستطيع أن يتخذ من عمل نفسه دليلا لنفسه يحتج به على الغير . فدفتر الناظر المثبت لحساب الوقف ومقدار ما يستحقه كل من المستحقين لا يعتبر دليلا لورثته على المستحقين بقبضهم قيم استحقاقهم ما دام لا توقيع لهم على هذا الدفتر يثبت هذا القبض »[٢].

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن « مجرد اعلان شخص فقد ختمه فى إحدى الصحف لا ينهض دليلا على صحة هذه الواقعة ولا يعتبر حجة على المتمسك بورقة مختومة بهذا الختم »[٣].

ولكن يلاحظ أنه فى بعض الحالات يجوز للخصم أن يتمسك بدليل اصطنعه لنفسه ، إذا كان خصمه قد تمسك بهذا الدليل ذاته ، أو قبل الدليل الذى اصطنعه الخصم الأول . ولعل أبرز مثل على ذلك الاثبات بطريق اليمين الحاسمة المنصوص عليه فى المواد ١١٤ وما بعدها من قانون الاثبات . فمن يوجه اليمين أو يردها يرضى أن يكون الدليل الحاسم فى الدعوى هى اليمين التى يحلفها أو ينكل عنها الخصم الآخر . ومن الأمثلة على ذلك أيضاً أن من يوجه خطاباً إلى خصمه يجوز له أن يحتج بهذا الخطاب إذا كان الخصم الموجه إليه الخطاب قد سبق إلى التمسك به لمصلحته[٤].

---

(١) ويرى الدكتور السنهورى أن فى هذا النص تطبيق لمبدأ أعم وأشمل وهو أنه لا يجوز لشخص أن يخلق لنفسه بنفسه سبباً لحق يدعيه . فالوارث الذى يقتل مورثه يعاقب بحرمانه من الميراث ـ هذا بالاضافة الى تطبيقات أخرى فى عقد التأمين (م ٧٥٧ مدنى ، ٢٨٨ من مشروع التقنين المدنى الجديد) ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٣٧ .

(٢) نقض ١٩٦٥/٦/٢٠ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٦ فقرة ١ .

(٣) نقض ١٩٥٠/١/١٩ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ١٦ فقرة ٢ .

(٤) نقض ١٩٥٣/٤/٦ . مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة ، =

ومن ناحية أخرى فإن القانون يجيز للشخص فى بعض الحالات الاستثنائية ، ومراعاة لبعض الاعتبارات الخاصة أن يتمسك بدليل اصطنعه لنفسه . ومن هذا القبيل ماتنص عليه المادة ١/١٧ من قانون الاثبات من أن « دفاتر التجار لاتكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجـــوز اثباته بالبينه». ومن هذا القبيل أيضا ما نصت عليه المادة ٢٨ من قانـون التجـارة الجـديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، من أنه « يجـوز للمـحكمـة بناء على طلب الخصـم أو من تلقاء ذاتها أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره اليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها. وللمحكمة أن تطلع على الدفاتر بنفسها أو بواسطة خبير تعينه لذلك».[1] ومن الأمثلة على ذلك أيضا ما تنص عليه المادة ٢٤ من قانون الاثبات بصدد إلزام الخصم بتقديم دليل تحت يده ، من أنه « إذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر فى الموعد الذى حددته المحكمة ... اعتبرت صورة المحرر التى قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله وموضوعه » . وسندرس هذا المثل الأخير بتفصيل أكبر فى الفقرة التالية ، المتعلقة بعدم إلزام الخصم بأن يقدم دليلا ضد نفسه .

١١ — لا يجبر الخصم على أن يقدم دليلا ضد نفسه : حدود هذه القاعدة (دعوى العرض) :

رغم وضوح الاعتبارات التى تقوم عليها القاعدة السابق دراستها ، وهى عدم

= ج ١ ، ص ٣٧ ، فقرة ٩٠ ؛ فى نفس المعنى : نقض ١٩٤١/٥/٢٢ ، المحاماة ، ٢٢ ، ص ٢٥٠ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٣٨ ، هامش ١ ؛ عبد المنعم فرج الصدة ص ٤٣ .

(١) مصطفى كمال طه ، الوجيز فى القانون التجارى ، ج ١ ، ١٩٧١ ، ص ١٤٣ ، وهو يشير إلى أحكام النقض ١٩٤٨/٤/٨ ، المحاماة ٢٩ — ٢٧٦ ؛ ١٩٣٥/٥/١٦ ، المحاماة ١٦ — ١٠ ١٥/ ١٩٥٦/ ، مجموعة أحكام النقض ٧ — ٥٢ .

جواز أن يصطنع الشخص دليلا لنفسه ، إلا أن القاعدة التى ندرسها الآن وهى عدم جواز اجبار الشخص على أن يقدم دليلا ضد نفسه NEMO TENETUR EDERE CONTRA SE ليست بنفس الدرجة من الوضوح[1] . فهذه القاعدة يناهضها التزام اخلاقى على عاتق كل خصم بأن يسعى إلى قول الصدق واثبات الحقيقة. ومهما قيل من عدم اطلاق هذا الالتزام[2] ، إلا أنه لا يجوز القول بعكسه أى بحق الخصم فى التستر على الحقيقة واخفائها ، وخاصة بعد الاعتراف للقاضى بدور ايجابى فى اجراءات الاثبات يهدف الوصول إلى الحقيقة ومهما كان مسلك الخصوم أو ما تمليه مصلحة كل منهم[3]. وبجانب الالتزام الأخلاقى المشار إليه فإنه توجد حجة فنية يمكن الاستناد إليها فى اجبار الخصم على تقديم دليل تحت يده لا يمنع القانون من تقديمه ، وذلك بطريق القياس على المبدأ المقرر فى نظرية الالتزام من أن الشرط يعتبر قد تحقق إذا كان الطرف الذى له مصلحة فى أن يتخلف قد حال دون تحققه بطريق الغش[4]. وعلى هذا النحو فإن الخصم الذى يمتنع عن تسليم دليل الاثبات الذى تحت يده بطريق الغش يعتبر ذلك تسليما منه بصحة ما يدعيه خصمه [5] .

فإذا ما انتهينا إلى أن المصلحة العليا للعدالة تسمو على مصلحة الأفراد الخاصة، وإذا ما استعنا بالحجة الفنية المستمدة من أحكام الشرط فى نظرية الالتزام ، فإننا

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ٢ ، ص ٣٨ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ، جـ ٧ ، فقرة ١٤١١ ، ص ٨٢٣ .

(٣) راجع المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات .

(٤) راجع المادة ١/٣٨٨ من مشروع التقنين المدنى الجديد ، وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة لامكان الأخذ بحكمها طبقا للقواعد العامة ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٣ ص ١١ . وراجع أيضا المادة ١١٧٨ من القانون المدنى الفرنسى .

(٥) بلانيول وريبير وجابولد ، جـ ٧ ، فقره ١٤١١ ، ص ٨٢٤ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، جـ ٢ ، ص ٣٩ .

نستطيع القول بعد ذلك أنه يجوز اجبار الخصم على أن يقدم دليلا تحت يده حتى ولو كان ضد نفسه [١] .

ويجوز من باب أولى أن يوجه هذا الطلب إلى أى شخص آخر غير خصم فى الدعوى ولا يضار شخصياً من تقديم هذا الدليل .

وهذه الفكرة ليست جديدة فى القانون ، بل هى ترجع إلى القانون الرومانى فيما كان يسمى بدعوى العرض ACTION AD EXHIBENDUM . وهذه الدعوى كانت معروفة منذ عهد قانون الألواح الاثنى عشر حسب رأى أكارياس ، أو أنها ظهرت فى أواخر عهد الجمهورية كما يقول جيرار [٢] . ولكن من المؤكد أنها كانت موجودة فى القانون الرومانى فى العصر العلمى لهذا القانون . وقد انتقلت بعد ذلك إلى القانون الكنسى ، ثم إلى القانون الفرنسى القديم . وانتقلت منها بعد ذلك بعض التطبيقات المتفرقة إلى القانون الفرنسى الحالى . ومن هذا القبيل نص الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٨٤٢ من القانون المدنى الخاصة بالمتقاسم الذى يحوز مستندات الملكية الشائعة ، ونص المادة (٢٨) من القانون التجارى الجديد التى تلزم التجار بتقديم دفاترهم التجارية بما يسمح للخصم من استخلاص أدلة لمصلحته من هذه الدفاتر [٣] .

---

(١) ينبغى التنبيه الى أن المسألة التى ندرسها الآن بعيدة كل البعد عن مسألة الزام كل خصم بأن يطلع الخصم الآخر على الأدلة والمستندات وأوجه الدفاع التى يتقدم بها فى الخصومة . فهذه المسألة الأخيرة مرتبطة أساساً بحق الخصم فى اثبات عكس ما يجيء به الخصم الآخر . راجع بودان وبيرو ، جـ ٩ ، فقرة ١١٧٣ ، ص ٢٤٦ ؛ بلانيول وريبير وجابولد ، جـ ٧ ، فقرة ١٤١٢ ، ص ٨٣٤ .

(٢) راجع أكارياس ، الموجز فى القانون الرومانى ، جـ ٢ ، ص ٥٧٦ ؛ جيرار ، القانون الرومانى ، الطبعة الثالثة ، ص ٦٢٩ ، هامش ٢ ، مشار اليهم فى ، بودان وبيرو ، جـ ٩ ، فقرة ١١٤٦ ، ص ٢٤٦ هامش ٢ .

(٣) راجع المادتين ١٦ ، ١٨ من القانون التجارى المصرى . وسندرس هذه المسألة =

وقد حاول القضاء الفرنسى أن يستخلص من هذه التطبيقات المتفرقة مبدأ عاماً يسمح بتطبيق دعوى العرض ، تارة على أساس الملكية المشتركة للمستند كما فى حالات الجرد والقسمة والتصفية ، وتارة أخرى على أساس وحدة المصلحة كما فى عقد الوكالة أو عقد الشركة [١].

وقد ذهب القضاء الفرنسى إلى أكثر من هذا وأقام الحق فى هذه الدعوى صراحة على أساس مصلحة العدالة فى جميع الحالات التى يكون فيها امتناع الخصم عن تقديم دليل الاثبات ، تعبيراً عن أنانيته الفردية وتعسفاً فى استعمال الحق ، بفرض أنه يوجد حق لدى الخصم فى ألا يقدم دليلا ضد نفسه [٢]. وهذا ما يذهب إليه القضاء البلجيكى بصفة عامة [٣].

ويلاحظ أن القضاء الفرنسى يمنع الالتجاء إلى دعوى العرض إذا كان الالتجاء إليها يتعارض مع ضرورة المحافظة على أسرار المهنة أو الأسرار المنزلية . وفيما عدا هذه الحالات الخاصة فإنه ينظر إلى الخصم الذى يمتنع عن تقديم المستندات التى تحت يده ، نظرة شك تسمح بالاعتقاد بأنه يسلم بما يدعيه خصمه فيكون من العدل أن يخسر دعواه [٤].

وبجانب محاولات القضاء الفرنسى والبلجيكى فى تطبيق مبدأ دعوى العرض ،

= بالتفصيل فيما بعد . راجع ، مصطفى كمال طه ، الوجيز فى القانون التجارى ، ج ١ ، ص ١٤٧ .

(١) راجع الأحكام المشار إليها فى بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقره ١١٧٥ ، ص ٢٤٧ ، هامش ٢ ، ص ٢٤٨ هامش ١ ؛ بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، ص ٨٣٥ .

(٢) بودان وبيرو ، ج ٩ ، ص ٢٤٨ .

(٣) هنرى دى باج ، القانون المدنى البلجيكى ، ج ٣ ، ١٩٥٠ ، ص ٧١٣ — ص ٧١٤ .

(٤) ديموج — المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٢٨ ، ص ٨٩٨ ؛ بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، ص ٨٣٦ ؛ بودان وبيرو ، ج ٩ ، ص ٢٤٨ — ص ٢٤٩ . أنظر الأحكام المشار إليها فى هذه المراجع .

فإن القانون المدنى الالمانى (م ٨٠٩) والقانون السويسرى للالتزامات (م ٨٧٩) ينظمان هذه الدعوى . وكذلك يأخذ بها مشروع التقنين الفرنسى الايطالى للالتزامات غير العقدية (م ٨٦)[1] .

١٣ — موقف القانون المصرى من دعوى العرض :

ذهب القضاء المصرى فى ظل القانون المدنى القديم وكذلك فى ظل قانون المرافعات القديم إلى عدم الأخذ بدعوى العرض . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجبر خصم على تقديم دليل يرى أنه ليس فى مصلحته[2] . وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تقديم الخصم الورقة المكلف بتقديمها يخول المحكمة الحكم لصالح الخصم الذى يترجح لديها أنه هو المحق[3] ، وأن امتناع الخصم عن تقديم مستند طلبه خصمه ولم يكلف من المحكمة بتقديمه لا يبرر القضاء ضده لصالح طالب المستند[4] .

ومع ذلك فإن قانون الإثبات ، بعد تطورات تشريعية ، سنذكرها فى موضعها ، أخذ بدعوى العرض سواء فى مبدأها العام أو فى تطبيقاتها الخاصة .

١ ـ المبدأ العام : نصت المادة ٢٧ من قانون الاثبات على أن « كل من حاز شيئاً أو احرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقاً متعلقاً به متى كان فحص الشىء ضرورياً للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . فإذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى ، فللقاضى أن يأمر بعرضها على ذى الشأن وبتقديمها عند الحاجة إلى القضاء ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها فى اثبات حق له .

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، ص ٨٣٦ .

(٢) نقض ١١/٤/١٩٤٠ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض ، ج ١ ، ص ٢٦ ، فقرة ٣ .

(٣) نقض ٣/٤/١٩٣٦ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض ، ج ١ ، ص ٢٦ ، فقرة ٦ .

(٤) نقض ١١/٣/١٩٤٨ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض ، ج ١ ، ص ٢٦ ، فقرة ٧ .

على أنه يجوز للقاضي أن يرفض اصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن احرزه مصلحة مشروعة في الامتناع عن عرضه . ـ ويكون عرض الشيء في المكان الذي يوجد فيه وقت طلب العرض ما لم يعين القاضي مكاناً آخر ، وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدماً ، وللقاضي أن يعلق عرض الشيء على تقديم كفالة تضمن لمن احرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض » .

وهذا النص منقول حرفياً عن نص المادة ٢٧٣ للمشروع الابتدائي للتقنين المدني ، الذي حذف في لجنة مراجعة القانون المدني لأنه ادخل في قانون المرافعات[1] . ومع ذلك فإن قانون المرافعات السابق لسنة ١٩٤٩ قد صدر خلواً من هذا النص . وقد تدارك قانون الاثبات هذا النقص فأخذ في المادة ٢٧ منه بنفس النص الذي كان مقرراً في مشروع القانون المدني .

ويرجع هذا النص في مصدره التاريخي إلى نصوص مشروع القانون الفرنسي الايطالي للالتزامات . ويقرر هذا النص مبدأ دعوى العرض على أوسع نطاق سواء من ناحية محل العرض أو الشخص الذي يوجه إليه أو الهدف منه أو سلطة القاضي التقديرية .

فمن ناحية محل العرض لا يشترط أن يكون الشيء المطلوب عرضه دليلا كتابياً للاثبات ، فهو قد يكون كذلك ، وقد يكون شيئاً آخر ، فيجوز مثلا لمالك الشيء المسروق أن يطالب من يشتبه في حيازته له بعرضه عليه ليتثبت من ذاتيته . ويجوز كذلك لوارث المهندس أن يطلب تمكينه من معاينة الترميمات التي أجراها مورثه حتى يتسنى له أن يعين مدى حقه في الأجر بعد أن آل إليه هذا الحق عن طريق الميراث[2] .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٤٩١ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٢ ، ص ٤٩١ ــ ص ٤٩٢ ، وراجع =

ومن ناحية الشخص الذى يوجه إليه العرض فهو كل شخص يكون حائزاً للشىء المطلوب عرضه سواء كان خصما فى الدعوى أو لم يكن خصما فيها .

ومن ناحية الهدف من العرض فهو تمكين طالب العرض إما التحقق من وجود الحق المدعى به أو تحديد مداه أو اثبات وجوده ، حتى لو أدى ذلك إلى الاضرار بمصلحة من يوجه إليه طلب العرض . فدعوى العرض هى تطبيق مضاد لقاعدة عدم إلزام الشخص على أن يقدم دليلا ضد نفسه . وكذلك فإنه لا أهمية لنوع الحق الذى يهدف طالب العرض التحقق منه فقد يكون حقاً شخصياً أو حقاً عينياً ، ولايتقيد ذلك إلا بأن يكون الحق المدعى به متصلا بالشىء المطلوب عرضه أو المستند المطلوب تقديمه اتصالا ضروريا يخضع تحديده لسلطة القاضى التقديرية .

والقاضى يملك سلطة تقديرية [1] فى الموافقة على طلب العرض أو رفضه. وهو يرفض هذا الطلب إذا وجد أن عرض الشىء غير ضرورى فى تقرير وجود الحق أو اثبات وجوده أو تحديد مداه . وفكرة الضرورة من الأفكار المرنة التى تعبر عن سلطة القاضى التقديرية فى هذا الشأن. وكذلك فإن القاضى يرفض طلب العرض إذا تمسك الطرف الآخر بوجود مصلحة مشروعة فى عدم عرض الشىء كما لو تعلق الأمر بأسرار عائلية . ومعيار المصلحة المشروعة من المعايير المرنة أيضاً التى تتيح للقاضى سلطة واسعة فى التقدير. والقاضى يملك سلطة تقديرية أخيراً فى تحديد مكان العرض، فإذا كان الأصل أن يكون عرض الشىء فى ذات مكان وجوده وقت طلب العرض ، إلا أنه يجوز للقاضى أن يأمر بنقله إلى مكان آخر كمقر المحكمة ، وتكون نفقات العرض على عاتق من يطلبه . وفى هذه الحالة فإن للقاضى بمقتضى سلطته

= كذلك المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات حيث نجد نفس عبارات المذكرة الايضاحية للقانون المدنى .

(١) راجع فى تحديد المقصود بالسلطة التقديرية للقاضى : كتابنا بالفرنسية ، الالتزام التضامنى ، ص ١٠٦ وما بعدها .

التقديرية أن يلزم طالب العرض بأن يقدم تأميناً لتعويض حائز الشيء عما قد يصيبه من ضرر من جراء العرض . وتقديم التأمين هو أمر جوازى للقاضى .

والقاضى يملك سلطة تقديرية كذلك فى تحديد الشخص الذى يتم العرض أمامه . وهذا الشخص هو طالب العرض بحسب الأصل، ولكن يجوز كما جاء فى المذكرة الايضاحية « للقاضى أن يأمر عند الاقتضاء بتقديم الوثيقة للمحكمة لا بمجرد عرضها على الطالب فيجوز لمشترى الأرض إذا تعهد بالوفاء بما تبقى من ثمن آلة زراعية ملحقة بها أن يطالب عرض الوثائق الخاصة بتعيين المقدار الواجب آداؤه من هذا الثمن ويجوز كذلك لموظف يدعى أنه عزل تعسفياً أن يطلب تقديم ملف خدمته ليستخلص منه الدليل على التعسف »[1].

وازاء السلطة التقديرية الواسعة للقاضى فإن تقرير اللجنة التشريعية[2] لمجلس الأمة الذى أقر قانون الاثبات يوصى بالاعتدال فى تطبيق نص المادة ٢٧ موضوع هذه الدراسة .

وجدير بالذكر أن المادة ٢٧ لم تحدد الجزاء الذى يترتب على عدم استجابة حائز الشيء أو محرزه إلى أمر المحكمة بعرضه سواء أمام الطالب أو أمام المحكمة . وبالرجوع للقواعد العامة فإن تنفيذ هذا الأمر إما أن يكون تنفيـذاً عينياً أى باحضار الشيء جبراً على محرزه أو الانتقال إلى مكانه لمعاينته . وقد تحكم المحكمة على حائز الشيء بغرامة تهديدية طبقاً للمادة ٢١٣ من القانون المدنى . بل يجوز للمحكمة

---

(١) المذكرة الايضاحيـة لقانون الاثبات وهى منقولة حرفيا عن المذكرة الايضاحية للقانون المدنى . راجع الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٢ ، ص ٤٩١ — ص ٤٩٢ .

(٢) جاء فى هذا التقرير أن هذا النص « كان موجودا فى مشـروع القانون المدنى ثم حذف ، وهو كما يبدو من عبارته كثير العروض . وقد اجتهدت المذكرة الايضاحية لهذا المشروع المعروض فى ضبطه ما وسعها ذلك ولكنه بطبيعته مما يستعصى على الانضباط ، وفائدته مرهونة بالاعتدال فى تطبيقه عملا وإلا فانه قد يؤدى الى خلاف المقصود من وضعه » .

إذا تعلق الأمر بهما من أدلة الاثبات أن تعتبر هذا الدليل موجوداً بامتناع حائزه عن تسليمه وأن تبحث في موضوع الدعوى لمصلحة طالب العرض ضد حائز الشيء . والأمر في ذلك يخضع للمحكمة بحسب سلطتها الموضوعية في تقدير أدلة الاثبات[1]. أذن المحكمة تفقد سلطتها التقديرية إذا تعلق الأمر بتطبيق خاص من تطبيقات دعوى العرض المنصوص عليها في المادة ٢٠ من قانون الاثبات وهو ما سنذكره فيما يلي .

ب ـ التطبيقات الخاصة : بجانب المبدأ العام المقرر في المادة ٢٧ فقد نصت المواد ٢٠ وما بعدها من قانون الاثبات على تطبيقات خاصة لهذا المبدأ ، وكان النص على هذه التطبيقات وارداً في قانون المرافعات السابق لسنة ١٩٤٩ في المواد ٢٥٣ وما بعدها من القانون المذكور . وهذه النصوص مأخوذة بدورها من قانون المرافعات الألماني (م ٣٢٩ وما بعدها)، ومن قانون المرافعات التركي (م ٣٢٦ وما بعدها)[2].

وقد نصت المادة ٢٠ من قانون الاثبات على أنه « يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده : (أ) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه . (ب) إذا كان مشتركا بينه وبين خصمه ، ويعتبر المحرر مشتركا على الأخص إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتاً لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة . (ج) إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى » .

ويضع هذا النص عدة تطبيقات خاصة لدعوى العرض . ووجه الخصوص في هذه التطبيقات أنها تتعلق فقط بأدلة الاثبات الكتابية وليس بأي شيء آخر كما هو

---

(١) نقض ٢ . ٤ . ١٩٣٦ ، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض ، ج١ ، ص٢٦ ، فقرة ٦ .

(٢) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٤٥ .

الشأن فى دعوى العرض العامة . ووجه الخصوص فيها أيضاً أن الطلب لا يكون جائزاً إلا فى حالة من الحالات المنصوص عليها وهى : -

١ - إذا كان القانون يجيز إلزام الخصم بتقديم المحرر الكتابي التى تحت يده. وغنى عن الذكر أن قانون الاثبات لا يضيف جديداً فى هذه الحالة وإنما هو يحيل فقط إلى النصوص المقررة فى القوانين الأخرى . ومن هذه النصوص ، نص المادة ٢٨ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ التى تقرر:

«١- يجوز للمحكمة بناء على طلب الخصم أو من تلقاء ذاتها أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره اليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها. وللمحكمة أن تطلع على الدفاتر نفسها أو بوساطة خبير تعينه لذلك.

٢- لا يجوز للمحكمة أن تأمر التاجر باطلاع خصمه على دفاتره إلا فى المنازعات المتعلقة بالتركات ومواد الأموال المشاعة والشركات.

٣- تسلم الدفاتر فى حالة الإفلاس أو الصلح الواقى منه للمحكمة أو لأمين التفليسة أو لمراقب الصلح.

٤- إذا امتنع التاجر دون عذر مقبول عن تقديم دافتره للاطلاع عليها جاز للمحكمة اعتبار ذلك قرينة على صحه الوقائع المطلوب اثباتها من الدفاتر».

وستكون الدفاتر التجارية موضع دراسة خاصة فيما بعد .

٢ - والحالة الثانية التى يجوز فيها طلب إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده إذا كانت هذه الورقة مشتركة بين الخصمين . وتكون الورقة مشتركة بصفة خاصة

(١) مصطفى كمال طه ، الوجيز فى القانون التجارى ، ج ١ ، ص ١٤٢ وما بعدها ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٤٣ .

إذا كانت محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المشتركة. وجدير بالذكر أن المشرع لم يستحدث جديداً بنصه على هذه الحالة، إنما هو قنن ما يجرى عليه القضاء الفرنسى، على النحو السابق ذكره، وكذلك ما يجرى عليه القضاء المصرى[1].

٣ - أما الحالة الثالثة التى يجوز فيها إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده، فهى تتحقق إذا كان هذا الخصم قد سبق أن استند إلى هذه الورقة ذاتها فى أى مرحلة من مراحل الدعوى، ثم سحبها بعد ذلك. أما إذا كان لم يسحب الورقة فلا تكون هناك حاجة بطبيعة الحال إلى إلزامه بتقديمها. والواقع أن نطاق تطبيق هذه الحالة أصبح ضيقاً للغاية بالنظر إلى الحكم الذى قرره المشرع فى المادة ٢٥ من قانون الاثبات والتى تنص على أنه «إذا قدم الخصم محرراً للاستدلال به فى الدعوى فلا يجوز له سحبه بغير رضاء خصمه إلا بأذن كتابى من القاضى أو رئيس الدائرة بعد أن تحفظ منه صورة فى ملف الدعوى ويؤشر عليها قلم الكتاب بمطابقتها للأصل».

وطبقاً لهذا النص فإن الورقة التى تقدم فى الدعوى، تحفظ فيها أو على الأقل تحفظ صورة مطابقة لها. ولا يتصور سحب الورقة إلا إذا تم ذلك برضاء الخصم الآخر، وفى هذا الفرض وحده لا يشترط المشرع أن تحفظ صورة هذه الورقة، ومن ثم يجوز للخصم الذى وافق على سحب الورقة أن يعود إلى المطالبة بتقديمها مرة أخرى[2].

---

(١) قضت محكمة النقض بان «قاعدة أنه لا يجوز إلزام خصم بتقديم مستندات لخصمه ولا يجوز انتقال المحكمة للاطلاع عليها الا اذا كانت هذه المستندات رسمية، لا تنطبق فى حالة ما اذا كانت الورقة مشتركة بين الطرفين بان كانت مثبتة لالتزامات متبادلة بينهما» (نقض ١٩٠١/٢/٨، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، جـ١، ص ٢٦ فقرة ٤).

(٢) جاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الاثبات «استحدث المشروع فى المادة =

ويتضح من الاستعراض السابق أن الحالات الثلاث التى يجوز فيها إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده قد وردت على سبيل الحصر ، وأن الحالة الأولى فيها لم يستحدث فيها قانون الاثبات حكما جديداً ولكنه أحال فيها إلى القوانين الأخرى، أما الحالة الثانية فهى تقنين للقضاء الفرنسى والمصرى فى هذا الشأن ، أما الحالة الثالثة فهى نادرة التطبيق فى العمل بالنظر إلى المادة ٢٥ من قانون الاثبات السابق ذكرها.

وجدير بالذكر أنه حتى مع توافر حالة من هذه الحالات فإن طلب إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده ، لابد وأن يكون طلباً متعلقاً بإجراءات الإثبات ، وبالتالى فهو يخضع لسلطة القاضى التقديرية فى قبوله أو فى رفضه[1]. وهذا ما قضت به محكمة النقض فى أحكام متواترة . وللمحكمة أن ترفض الطلب إذا رأت أنه غير جدى أو غير منتج فى الدعوى أو أنه يتعلق بأسرار عائلية لا يجوز الكشف عنها أو أن ما يوجد فى الدعوى من أوراق أخرى يكفى لتكوين عقيدتها[2].

= ٢٥ منه المقابلة للمادة ٢٠٨ من قانون المرافعات القائم (السابق) حكما يقضى بأنه اذا أذن القاضى بتسليم الخصم محرراً قدمه فى الدعوى ، فلا يسلم له الا بعد أن تحفظ فى ملف الدعوى صورة منه مؤشراً عليها من قلم الكتاب بمطابقتها للأصل ، وذلك منعا لتعطيل سير الدعوى بسحب المستندات المقدمة فيها ، وهو حكم له مقابل فى قانون البينات السورى فى المادة ٤٤ منه ». وجاء فى تقرير اللجنة التشريعية أن هذا الحكم « سديد فى عمومه ، وربما كانت تكون فائدته أتم لو ترك للقاضى ان يتخير الأوراق التى يرى ضرورة حفظ صور منها فى ملف الدعوى لأنه كثيراً ما يقدم الخصوم أوراقا أو خرائط أو كشوف حساب أو دفاتر ولا يتوقف الفصل فى الدعوى على وجودها بالملف ، فلا معنى لأن يكلف الخصم بوضع صور منها مؤشراً عليها من قلم الكتاب بمطابقتها للأصل ودفع ما يقتضيه ذلك من رسم اذا رغب فى سحبها والاستفادة بها فى غرض أو شأن آخر » .

(١) رمزى سيف ، ص ٦١٩ ؛ أحمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، ص ١١٠٤ .

(٢) نقض ١١ /١٢ /١٩٥٢ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض ، جـ١ ، ص ٢٦ ، فقرة ٥ ؛ نقض ١٠ /٢ /١٩٥٥ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض ، جـ١ ، ص ٢٧ ، فقرة ٨ ؛ نقض ١٦ /٥ /١٩٣٥ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض، جـ١ ، =

ومن ناحية أخرى فإن المادة ٢١ من قانون الإثبات تضع شروطاً لطلب إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده . وتنص هذه المادة على أنه « يجب أن يبين فى هذا الطلب : (أ) أوصاف المحرر الذى يعينه . (ب) فحوى المحرر بقدر ما يمكن من التفصيل . (جـ) الواقعة التى يستدل به عليها . (د) الدلائل والظروف التى تؤيد أنه تحت يد الخصم . (هـ) وجه إلزام الخصم بتقديمه » . وتنص المادة ٢١ من قانون الإثبات على أنه « لا يقبل الطلب إذا لم تراع فيه أحكام المادتين السابقتين » . فالطلب ينبغى أن يتضمن وصفاً للمحرر المطلوب تقديمه وتحديداً لمضمونه وبياناً للفائدة التى ينتجها تقديمه فى الدعوى ، وإشارة إلى حالة من الحالات الثلاث الجائز تقديم مثل هذا الطلب فيها . فإذا لم يستجمع الطلب هذه الشروط فإنه لا يكون مقبولا ، وللمحكمة أن تتجاهل حتى مجرد الرد عليه بالرفض[1] .

ويلاحظ أن طلب تقديم ورقة منتجة فى الدعوى ، كما يجوز توجيهه إلى الخصم فإنه يجوز توجيهه إلى أى شخص آخر ولو لم يكن خصماً فى الدعوى . وفى هذا تتفق التطبيقات الخاصة لدعوى العرض مع المبدأ العام فى هذه الدعوى . وقد نصت المادة ٢٦ من قانون الإثبات على أنه « يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن فى إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده وذلك فى

= س ٣٩ ، فقرة ١٠٧ ؛ نقض ١٩٥٢/٣/٢٧ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض ، جـ ١ ، ص ٣٩ ، فقرة ١٠٨ ؛ نقض ١٩٥٢/١٢/٢٠ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض ، جـ ١ ، ص ٣٩ ، فقرة ١٠٩ ؛ نقض ١٩٦٠/٣/٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٢ ، ص ٢١٢ ؛ نقض ١٩٦٥/١١/٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ٩٦٦ ؛ نقض ١٩٦٦/٣/٢٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ٦٦٦ ؛ نقض ١٩٦٧/٣/١٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ٦٣٦ .

(١) قضت محكمة النقض بأن طلب إلزام خصم بتقديم ورقة تحت يده لا تلتزم المحكمة الرد عليه متى خلا من البيانات الواجب ذكرها فيه ، نقض ١٩٥٦/١/١٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٧ ، ص ٩٤ .

الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها فى المواد السابقة » .
أما الجزاء الذى يترتب على الاخلال بالالتزام بتقديم الورقة المطلوب تقديمها ، فهو يختلف بحسب ما إذا كان من وجه إليه الطلب هو الخصم أو كان شخصاً آخر غيره .

فإذا كان من وجه إليه الطلب هو الخصم فإن المادة ٢٣ من قانون الإثبات تنص على أنه « إذا أثبت الطالب طلبه وأقر الخصم بأن المحرر فى حيازته أو سكت، أمرت المحكمة بتقديم المحرر فى الحال أو فى أقرب موعد تحدده » . وإذا أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب وجب أن يحلف المنكر يميناً « بأن المحرر لا وجود له أو أنه لا يعلم وجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو لم يهمل فى البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به » . وتنص المادة ٢٤ من قانون الإثبات على أنه « إذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر فى الموعد الذى حددته المحكمة أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة اعتبرت صورة المحرر التى قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله ومضمونه » .

وطبقاً لهذه النصوص إذا ثبت وجود المحرر سواء عن طريق قيام الطالب بتقديم دليل من أدلة الإثبات المقررة فى القانون[1] ، أو بنكول الخصم عن حلف اليمين ، وتخلف هذا الخصم عن تقديم المحرر ، فإن المحكمة تعتبر المحرر موجوداً بحسب الصيغة أو المضمون الذى أعلنه الطالب[2] . ولا يملك القاضى سلطة تقديرية

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المدنى أنه يراعى فى الاثبات قواعد القانون المدنى ، أى قواعد قانون الاثبات فى الوقت الحاضر ، راجع : رمزى سيف ، ص ٦٢١ ، هامش ١ .

(٢) سبق أن أشرنا إلى هذا الحكم كحالة من الحالات التى يجوز فيها على سبيل الاستثناء أن يصطنع الخصم دليلا لنفسه ، راجع ما سبق ، فقرة ١٠ .

فى توقيع هذا الجزاء أو عدم توقيعه ، بخلاف الحكم بشأن المبدأ العام فى دعوى العرض على النحو السابق ذكره .

أما إذا كان النكول عن تقديم الورقة قد صدر من شخص آخر غير الخصم ، فلا يتصور بداهة أن يعتبر هذا النكول دليلا على وجود الورقة التى يطلب تقديمها أحد الخصوم فى الدعوى . لأنه لو جاز ذلك لأمكن لأى خصم أن يدعى وجود أية ورقة تحت يد شخص آخر غير خصم فى الدعوى ، ويصل عن طريق التواطؤ مع هذا الشخص إلى الحكم بصحة ما يدعيه . ولذلك فإن المشرع لم ينص على أى جزاء محدد فى حالة توجيه الطلب إلى شخص آخر غير خصم فى الدعوى ، بل ترك للقاضى سلطة تقديرية فى استخلاص دلالة عدم قيام هذا الشخص تقديم الورقة المطلوب تقديمها .

جـ - مقارنة بين المبدأ العام فى دعوى العرض وبين التطبيقات الخاصة فى إلزام الخصم تقديم ورقة تحت يده .

١ - دعوى العرض أوسع نطاقاً من حيث الشىء المطلوب عرضه . فهى لا تقتصر على المستندات المكتوبة كما هو الشأن فى طلب إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده ، ولكنها تشمل بجانب المحررات المكتوبة ، كل شىء آخر سواء كان منقولا أو عقاراً .

٢ - دعوى العرض أوسع نطاقا من حيث الحالات التى يجوز فيها طلب العرض ، ولا يقتصر الأمر على ثلاث حالات معينة على سبيل الحصر كما هو الشأن فى طلب إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده ، بل يشمل حالات غير محصورة وغير مقيدة إلا بقيد الحاجة إلى العرض بشأن الحق الذى يدعيه مقدم الطلب . ويلاحظ أن القاضى يباشر سلطة تقديرية سواء فى قبول طلب العرض فى أية حالة من الحالات ، أو فى قبول طلب تقديم المحرر فى حالة من الحالات الثلاث السابق ذكرها .

٣ - الهدف من دعوى العرض هو البت فى وجود الحق أو فى اثبات وجوده أو تحديد مداه ، أما الهدف من طلب تقديم ورقة تحت يد شخص آخر فهو خاص باثبات الحق فقط .

٤ - الجزاء فى دعوى العرض يخضع للسلطة التقديرية للقاضى ، أما الجزاء فى الحالات الخاصة بتقديم ورقة ، فهو جزاء محدد فى القانون على النحو السابق ذكره ، إلا إذا كانت الورقة تحت يد شخص آخر غير خصم فى الدعوى فهنا يسترد القاضى سلطته التقديرية .

ونظراً لأن دعوى العرض تعبر عن المبدأ العام فى الموضوع ، فإن أحكامها لا تنطبق على حالة من حالات إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده ، إلا فيما لم يرد بشأنه نص بصدد هذه التطبيقات الخاصة ، طبقاً لقاعدة أن الخاص يقيد العام ، وأن العام يسرى على الخاص فيما لم يرد بشأنه نص[1] .

---

(١) من الأمثلة على حكم وارد فى الدعوى العامة للعرض ، ويجوز تطبيقه على الحالات الخاصة بالزام الخصم تقديم ورقة . ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٧ « على أنه يجوز للقاضى أن يرفض اصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن احرزه مصلحة مشروعة فى الامتناع عن عرضه » .

الفصل الثاني
محل الإثبات

١٣ – تعريف :

محل الإثبات هو السبب المنشىء للحق المدعى بوجوده أو زواله أو وصفه . فالإثبات لا يرد على الحق ذاته ولكنه يرد على المصدر المنشىء له أو المؤدى إلى زواله أو الحاق وصف به ، سواء كان هذا المصدر تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية.

ومحل الإثبات بهذا المعنى هو واقعة قانونية بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح ، وهو ما يشمل التصرف القانونى والواقعة المادية على السواء . وكون محل الإثبات واقعة قانونية يعنى أن الإثبات لا يرد على القانون ، بل أن القاضى يطبق القانون من تلقاء نفسه وبحكم وظيفته دون حاجة إلى اثبات الخصوم .

وحتى يجوز للخصم اثبات واقعة قانونية بالمعنى المذكور ، يجب أن تتوافر فى هذه القاعدة شروط معينة وهى أن تكون متعلقة بالدعوى منتجة فيها ومن الجائز اثباتها .

فهذه مسائل ثلاث ندرسها فيما يلى بشىء من التفصيل .

١ – محل الإثبات هو مصدر الحق وليس الحق ذاته

١٤ – نقل محل الاثبات (١) :

الأصل أن محل الإثبات هو الحق المدعى بوجوده أو زواله أو الحاق وصف به . ولكن الحق فكرة مجردة تستعصى عقلا على الإثبات ، ولذلك لا مناص من

---

(١) راجع فى هذا الموضوع بصفة خاصة : أوبرى و رو وبارتان ، رقم ٧٤٩ هامش ١٠ مكرر .

نقل محل الإثبات من الحق المدعى به إلى مصدر هذا الحق سواء كان هذا المصدر تصرفا قانونياً أو واقعة مادية .

بل وأكثر من ذلك فإن مصدر الحق ذاته قد يكون هو أيضاً فكرة مجردة تستعصى عقلا على الإثبات . فإذا كان مصدر الحق هو العمل غير المشروع ، فإن فكرة الخطأ أو العمل غير المشروع هى فكرة مجردة لا يمكن اثباتها فى ذاتها ، ولذلك لابد من نقل محل الإثبات مرة أخرى من هذه الفكرة إلى الوقائع والأعمال التى يمكن أن يستدل منها على تحقق فكرة الخطأ المشار إليها [1].

ونظراً لضرورة نقل محل الإثبات من الحق المدعى به إلى مصدره أو إلى الوقائع الأخرى المحيطة به ، فإن الإثبات لا يمكن أن يؤدى إلى يقين كامل ، وإنما يمكن أن يؤدى فقط إلى درجة معينة من الاحتمال . وكما يلاحظ البعض فإن فكرة الاحتمال هى حجر الزاوية فى كل النظرية العامة للإثبات[2]. بل وكما يقول المستشار d'Aguesseau : « فإن معظم الحقائق الواقعية ، ليست حقائق خالدة لا تتغير ، وإنما هى حقائق تحكمية ناتجة عن الإرادة المضطربة للانسان . وما دامت هذه الحقائق غير أكيدة بطبيعتها ، فإن الإثبات الذى تقوم عليه هذه الحقائق لا يمكن أن تكون له هذه الصفة من الدقة والوضوح القادرة على تكوين يقين كامل أو دليل قاطع »[3] .

والقول بأن الإثبات يحقق الاحتمال ولا يقود إلى اليقين يصدق على أقوى أدلة الإثبات كالكتابة والاقرار ، حيث توجد مع وجود أى منها درجة من الشك

---

(١) بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٤٦ ، ص ٢١٣ ؛ بيرو ، انسيكلوبيدى داللوز ، ج ٤ ، ص ١٠٣ ، فقرة ١٠ .

(٢) بيرو ، انسيكلوبيدى داللوز ، ج ٤ ، ص ١٠٣ ، فقرة ١١ .

(٣) مشار اليه فى رسالة Thévenet ، ليون ، ١٩٣٣ ، ص ١ .

ولو ضئيلة فى مخالفتها للحقيقة [١].

ومن الملاحظ أن كلمة اثبات preuve باللغة الفرنسية ترجع فى أصلها اللاتينى إلى كلمة probatio وهى نفس الكلمة اللاتينية التى خرجت منها الكلمة الفرنسية probabilité أى الاحتمال [٢]، وهو ما يؤكد مرة أخرى الصلة بين نظرية الإثبات وبين نظرية الاحتمال.

والواقع أن نقل محل الإثبات وما يؤدى إليه ذلك من ضرورة الربط بين الإثبات وبين الاحتمال لا اليقين، من شأنه أن يفسر الكثير من أحكام نظرية الإثبات. ومن هذا القبيل ما سندرسه فيما بعد من شروط الإثبات أن تكون الواقعة محل الإثبات متعلقة بالدعوى منتجة فيها، واشتراط ذلك هو تعبير بطريقة معينة عن المدى الذى يجوز فيه نقل محل الإثبات. ومن هذا القبيل أيضاً القرينة كطريقة من طرق الإثبات وهى تقوم أساساً على نقل كامل لمحل الإثبات، فالقرينة هى بحسب تعريفها اعتبار الواقعة ثابتة من مجرد ثبوت واقعة أو وقائع أخرى غيرها. ومن هذا القبيل كذلك فكرة الاعتقاد السائغ الذى يحمل على الأخذ بمبدأ الثبوت بالكتابة [٣].

١٥ — الاثبات يرد على مصدر الحق (٤) :

عندما يريد المدعى اثبات وجود حق له، سواء كان هذا الحق شخصياً أو

---

(١) أوبرى و رو وبارتان، رقم ٧٤٩، هامش ١٠ مكرر ؛ بودان وبيرو، ج ٩، ص ٢١٤.

(٢) بيرو، انسيكلوبيدى داللوز، ج ٤، ص ١٠٣، فقرة ١١.

(٣) أوبرى و رو وبارتان، رقم ٧٤٩، هامش ١٠ مكرر ؛ بيرو، انسيكلوبيدى داللوز، ج ٤، ص ١٠٣، فقرة ١٣ ؛ بودان وبيرو، ج ٩، ص ٢١٤.

(٤) فكرة أن الاثبات يرد على مصدر الحق، تؤخذ مع التحفظ بأن مصدر الحق قد يستعدى هو أيضاً على الاثبات كما فى الغش غير المشروع على النحو السابق ذكره فى المتن، كما =

عينياً ، فهو يثبت مصدر هذا الحق . سواء كان هذا المصدر تصرفاً قانونياً كعقد مثلا أو عملا مادياً كالاثراء بلا سبب أو التعاقد أو غير ذلك . ومن ثبوت هذا المصدر يثبت وجود الحق كنتيجة قانونية مترتبة على ثبوت المصدر المشار إليه .

أما الحق نفسه فهو يستعصى على الإثبات فى ذاته باعتباره فكرة مجردة تستعصى عقلا على الإثبات كما ذكرنا ذلك من قبل. وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى « يتعين أن يقام الدليل على كل واقعة قانونية يدعى بها ، وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى القانون المدنى ، متى نوزعت هذه الواقعة أو أنكرت صحتها . والجوهرى فى هذا الصدد هو أن الإثبات يرد على الواقعة القانونية ذاتها ، بوصفها مصدراً للحق أو الالتزام ، دون هذا الالتزام أو ذاك الحق. وغنى عن البيان أن تفصيل هذه الفكرة أشكل بأغراض الفقه منه بأغراض التقنين »[1].

ومحل الإثبات بهذا المعنى هو السبب المنشىء للأثر القانونى المدعى به ، سواء كان هذا الأثر هو وجود الحق أو زواله أو إلحاق وصف به .

فإذا ادعى شخص أنه دائن لشخص آخر أو أنه صاحب حق انتفاع أو ارتفاق على شىء مملوك لشخص آخر، فعليه أن يثبت مصدر الالتزام أو مصدر الحق العينى الذى يدعيه . فإذا أثبت مصدر الحق وبالتالى أثبت وجود الحق ، فإن خصمه يستطيع أن يثبت عدم وجود هذا الحق إما بطريقة المنازعة فى صحة المصدر الذى أثبته المدعى أو عن طريق اثبات وجود سبب آخر أدى إلى انقضاء الحق بعد

= يقتضى نقل محل الاثبات فى مثل هذه الحالة ، من مصدر الحق الى الوقائع المحيطة به والتى يدعو اثباتها الى الاقتناع بوقوع خطأ من الشخص الذى ارتكبها . وهو ما يؤدى الى اثبات مصدر الحق بطريق غير مباشر .

(١) وقد تليت المادة ٥٢٦ من المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة ونصها « على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه » . وقد ذكر الدكتور عبد الرزاق السنهورى أمام اللجنة أن المقصود بعبارة : « اثبات الالتزام » هو اثبات مصدر الالتزام . (مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج٣ ، ص ٣٤٩ — ص ٣٥٠) .

نشأته أو أدى إلى زواله بأى شكل كان . وأسباب نشأة الحق كأسباب انقضائه أو زواله قد تكون تصرفات قانونية أو وقائع مادية . فإذا كان الحق قد نشأ بمقتضى عقد ، فإن هذا العقد يمكن أن يزول إما بالانقضاء أو البطلان أو الإنحلال .

وسبب الانقضاء قد يكون تصرفاً قانونياً كالوفاء ، وقد يكون واقعة مادية كاستحالة التنفيذ . وسبب البطلان قد يتعلق بعناصر تكوين العقد كالتراضى أو المحل أو السبب ، أو يتعلق بعيب من عيوب الارادة كالاكراه أو الغلط أو التدليس. وفى جميع الأحوال فهو موجه ضد نفس المصدر الذى يتمسك به المدعى، حتى ولو إضطر المدعى عليه إلى نقل محل الاثبات إلى وقائع مادية مرتبطة بالعقد المطعون فيه كالاكراه أو التدليس أو عدم مشروعية الباعث ... الخ [1] . أما سبب انحلال العقد فهو إما التقايل أو الالغاء بالارادة المنفردة وهذه تصرفات قانونيـــة ، أو الفسخ وهو ما يمكن أن يقوم على تصرف قانونى أو واقعة مادية .

وغنى عن الذكر أنه لا يوجد تلازم حتمى بين سبب نشأة الحق وبين سبب زواله. فقد ينشأ الحق بمقتضى تصرف قانونى ولكنه يزول بمقتضى واقعة قانونية أو بمقتضى تصرف قانونى من نوع آخر غير النوع الذى نشأ عنه . والعكس صحيح أيضاً فقد ينشأ الحق بمقتضى واقعة قانونية ، ولكنه يزول بمقتضى تصرف قانونى من أى نوع كان . ومن المعروف أن أسباب نشأة الحقوق الشخصية والعينيـــة وأسباب انقضائها تدخل دراستها فى القانون المدنى، بل هى جوهر الدراسة فى هذا الفرع من فروع القانون .

٢ — محل الاثبات هو الواقع وليس القانون

١٦ — الواقع والقانون :

تتكون كل دعوى من عنصرين ، الأول هو عنصر الواقع ، والثانى هو عنصر القانون . والحكم الذى يصدره القاضى هو تطبيق القانون على الواقع الذى يثبته الخصوم أمامه . فالخصوم يقومون باثبات الواقع ، وهذا هو محل الاثبات الذى يتحملون عبء القيام به . أما القانون فإن القاضى يقضى فيه بعلمه ، فهو مفروض فيه العلم بالقانون ، بل ومن واجبه بحكم وظيفته أن يطبق القانون على النزاع المعروض عليه ، وهو لايستطيع أن يمتنع عن ذلك بحجة عدم وجود قاعدة قانونية يطبقها ، والا فإنه يرتكب جريمة انكار العدالة .

وكون القاضى يعلم بالقانون هو مصدر التعبير الشائع الذى يقوله القاضى كثيراً للمحامى « انتقل يا سيدى إلى الوقائع فالمحكمة تعلم القانون » . وهو أيضاً مصدر التعبير الأكثر قدما « اعطنى الواقع أعطيك القانون »
Da mihi Factum, dabo tibis jus[1].

وقد قابل بارتان بين الواقع والقانون من حيث محل الاثبات ، ومن حيث الخضوع لرقابة محكمة النقض . فالواقع وهو ما يثبته الخصوم ، لايخضع القاضى فى تقديره لرقابة محكمة النقض ، أما القانون وهو ما يطبقه القاضى بعلمه ، فهو يخضع فى تطبيقه لرقابة هذه المحكمة[2].

والمقصود بالواقع الذى يثبته الخصوم هو مصدر الحق المدعى بوجوده أو زواله أو الحاق وصف به وهذا هو محل الاثبات على النحو السابق ذكره . والقاضى

---

(١) راجع فى هذه القاعدة : بودان وبيرو ، ج ٩ ، ص ٢٠٩ ؛ بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، ص ٨٣٠ ؛ أوبرى و رو وبارتان ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، هامش ٣ .

(٢) بارتان على أوبرى و رو ، ج ١٢ ، رقم ٤٢٩ ، هامش ٣ .

يراقب الخصوم فى اثبات الواقع من ثلاث نواحى . أولا فيما يتعلق بتوافر شروط الاثبات التى سندرسها فيما بعد وهى أن تكون الواقعة التى يثبتها الخصم متعلقة بالدعوى منتجة فيها من الجائز اثباتها . وثانياً فيما يتعلق بوسيلة الاثبات التى يستخدمها الخصم وهل هى وسيلة مقبولة أو غير مقبولة . فلا يقبل منه مثلا أن يثبت تصرفاً قانونياً تزيد قيمته على ١٠٠ جنيه بطريق الشهادة ... وهكذا . وثالثاً ، فيما يتعلق بتكييف الخصم للوقائع التى قام باثباتها .

ومسألة رقابة القاضى لتكييف الوقائع مسألة دقيقة ، لأنها تستجيب من ناحية إلى مبدأ من المبادىء المستقرة فى القانون وهى أن تكييف العلاقات القانونية مسألة قانونية يفصل فيها القاضى من تلقاء نفسه بغض النظر عن إرادة الخصوم ، ولأنها قد تؤدى من ناحية أخرى إلى الحكم للمدعى بحقه على أساس مصدر آخر من مصادر الحق غير المصدر الذى تمسك به المدعى نفسه ، مع ما فى ذلك من شبهة التغيير فى سبب الدعوى وهو ما يمتنع على القاضى قانوناً [1] .

ولكننا لا نجد صعوبة فى مواجهة هذه المسألة ، إذا حددنا المقصود بسبب الدعوى على ضوء تحديدنا السابق للمقصود بمحل الاثبات . ويبدو لنا أن الأساس القانونى لقاعدة عدم جواز تغيير القاضى لسبب الدعوى ، هو أن القاضى لا يقضى بعلمه الشخصى ، بل يقضى بما يثبته الخصوم . وما يثبته الخصوم - أى محل الاثبات - هو فى نفس الوقت سبب الدعوى . ومحل الاثبات كما سبق أن ذكرنا ، هو السبب المنشىء للحق المدعى به [2] ، وسبب الدعوى هو أيضاً بحسب فقه قانون المرافعات ،

---

(١) راجع فى تفصيل هذا الموضوع : البحث القيم لزميلنا الدكتور هشام على صادق ، المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضى تغييره ، المحاماة ، س ٥٠ ، أبريل ١٩٧٠ ، ص ٧٦ وما بعدها .

(٢) راجع ما سبق ، فقرة ١٥ .

الأساس القانونى للحق المدعى به[1] . وهنا يتطابق إصطلاح محل الاثبات مع اصطلاح سبب الدعوى ، وهو تطابق لابد من الحرص على تأكيده ، مع جعل المعنى المقرر لسبب الدعوى فى قانون المرافعات تابعاً للمعنى المقرر لمحل الاثبات فى قانون الاثبات.

ولكن القول بأن محل الاثبات ، أو أن سبب الدعوى ، هو الأساس القانونى للحق المدعى به ، ينبغى أن يفهم على ضوء اعتبارين هامين . الاعتبار الأول هو ماسبق أن ذكرناه[2] عن نقل محل الاثبات نقلا ضروريا فى بعض الأحيان . ومن هذا القبيل ان الخطأ كمصدر للالتزام هو فكرة مجردة تستعصى على الاثبات ، ولذلك فإن اثبات الخطأ يكون عن طريق اثبات مجموعة من الوقائع الصادرة عن شخص معين والتى يمكن أن يستخلص منها القاضى نسبة الخطأ إلى هذا الشخص.وفى هذا المثال فإن محل الاثبات وكذلك سبب الدعوى ، ينتقل من فكرة الخطأ المجردة إلى مجموعة الأفعال والوقائع المشار إليها .

والاعتبار الثانى ان اعطاء الوقائع التى يثبتها الخصوم اسماً قانونياً من الأسماء المعروفة فى مصادر الحق ، هو تكييف قانونى لهذه الوقائع ، وهو ما لايستقيد به الخصوم ، بل على العكس فإن القاضى هو الذى يعطى الاسم القانونى الصحيح للوقائع التى اثبتها الخصوم أمامه بغض النظر عن التكييف الذى أعطاه الخصوم لهذه الوقائع[3] .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى : المراجع العديدة التى ذكرها الدكتور هشام صادق فى بحثه السابق الاشارة اليه ، ص ٨١ ، هامش ١ . هذا مع العلم بان الدكتور هشام صادق لاياخذ بهذا الرأى ، بل يذهب الى أن « المقصود بسبب الدعوى هو مجموع الوقائع التى ساقها الخصوم تأييدا لطلباتهم » . راجع فى رأى الدكتور هشام صادق بتفصيل أكبر : رسالته للدكتوراه فى مركز القانون الاجنبى أمام القضاء الوطنى ، الاسكندرية ١٩٦٧ ، رقم ٤٣ . وسنحاول فى المتن التوفيق بين الرأيين المختلفين .

(٢) أنظر ما سبق فقرة ١٤ .

(٣) هشام صادق ، البحث السابق الاشارة اليه ، ص ٨٣ .

وبمراعاة هذين الاعتبارين يمكن القول أن محل الاثبـات ، وبالتالى سبب الدعوى ، هو مجموع "الوقائع التى اثبتها الخصوم تأييداً لطلباتهم"[١].

وعلى هذا النحو فإن القاضى لايستطيع أن يغير فى سبب الدعوى أو فى الوقائع التى أثبتها الخصوم لتأييد طلباتهم ، ولكنه لايتقيد بالوصف القانونى الذى يطلقه الخصوم على هذه الوقائع . وحق المحكمة فى اعطاء الوصف القانونى أو التكييف القانونى الصحيح للوقائع ، هو ما يبرر عند الأستاذ بارتان جواز قبول وجه من وجوه الطعن الجديدة Moyens nouveaux لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، لأن المفروض أن محكمة أول درجة قد علمت بهذا الوجه من وجوه الطعن من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به الخصوم أمامها [٢] .

وكذلك فإن حق القاضى فى اعطاء الوصف الصحيح للوقائع الثابتة أمامه ، هو ما يفسر ما قضت به محكمة النقض المصرية من أن « استناد المطعون ضده فى دعواه إلى الخطأ العقدى لايمنع المحكمة الاستئنافية من أن تبنى حكمها بالتعويض على خطأ تقصيرى متى ثبت لها توفر هذا الخطأ إذ أن استنادها إليه لايعتبر منها تغييراً لسبب الدعوى مما لا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها وإنما هو استناد إلى وسيلة دفاع جديدة على ما جرى به قضاء محكمة النقض »[٣] .

---

(١) راجع فى الأخذ بهذا الرأى فيما يتعلق بسبب الدعوى : هشام صادق ، البحث المشار اليه ، ص ٧٩ ، وكذلك رسالته للدكتوراه السابق الاشارة اليها ، فقرة ٤٣ وما بعدها ، والمراجع المشار اليها وأنظر فى الأخذ بهذا الرأى فيما يتعلق بمحل الاثبات : أوبرى و رو وبارتان ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، هامش ١٠ مكرر ؛ بودان وبيرو ، ج ٩ ، ص ٢١٣ وما بعدها .

(٢) بارتان على أوبرى و رو ، ج ٢ ، ، فقرة ٧٤٩ ، هامش ٣ ، ص ٦٧ .

(٣) نقض ١٩٦٦/١/٢٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ١٨٢ ؛ فى نفس المعنى : نقض ١٩٦٨/٤/٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٩ ، ص ٦٨٩ ؛ نقض ١٩٣٩/١/٥ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، ص ٧١ ، رقم ٢٢٦ .

ولكن حرصاً على حق الخصوم فى الدفاع فإن القاضى لا يطبق القانون على كل الوقائع التى عرضت أمامه ، ولكنه يطبقه على الوقائع التى كانت محلا للإثبات ، أى على الواقع التى تمسك بها الخصوم وأثبتوا وجودها تأييداً لطلباتهم . أما الوقائع الأخرى التى تعرض أمام القاضى دون أن يتمسك بها الخصوم فلا يقضى على أساسها إلا إذا تعلق تطبيقها بالنظام العام[1].

والخلاصة أن محل الاثبات هو سبب الدعوى ، وهو مجموع الوقائع التى ينبنى على توافرها وجود مصدر قانونى للحق المدعى بوجوده أو زواله أو الحاق وصف به . ومحل القاضى لا يرد على محل الاثبات فهذا ممتنع عليه قانوناً . ولكن للقاضى أن يراقب الخصوم فيما يقدمون به من اثبات سواء فيما يتعلق بشروط الاثبات أو الطرق الجائز قبولها فيه ، أو الوصف القانونى لصحيح الوقائع التى اثبتها الخصوم واستدلوا بها على الحق موضوع النزاع . ورقابة القاضى على هذا النحو ليس فيها اخلال بحق الخصوم فى الاثبات ، وليس فيها مساس بسبب الدعوى .

ولكن بجانب رقابة القاضى للخصوم فى اثباتهم للواقع ، فهو يستقل عنهم فيما يتعلق بالعلم بالقانون .

١٧ — القانون ليس محلا للاثبات :

العلم بالقانون مفترض لدى الكافة ، وفى مقدمتهم القضـــاة الذين يقومون بتطبيقه بحكم وظيفتهم . ولذلك لا تكون قواعد القانون محلا للاثبات بواسطة الخصوم ، بل يقضى بها القاضى بعمله[2] ، ويخضع فى قضائه لرقابة محكمة النقض .

(١) راجع فى التفرقة بين سلطة القاضى فى تطبيق القواعد الآمرة ، والقواعد غير الآمرة : هشام صادق ، المقال السابق الأشارة اليه ، ص ١٠ وما بعدها .

(٢) قضت محكمة النقض بأنه « لكى ينتج الاقرار أثره القانونى لابد أن يكون متعلقا بواقعة لا بالتطبيق القانونى لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة =

وقد يحدث من الناحية العملية أن يحاول الخصوم ارشاد القاضى إلى القواعد القانونية التى تنطبق على النزاع المعروض ، بل أكثر من ذلك فقد يكون القانون موضع تفسير بسبب غموض فى نصوصه ، فيحاول كل خصم أن يرشد القاضى إلى التفسير الذى يراه متفقاً مع مصلحته مستعيناً فى ذلك بأحكام القضاء أو مؤلفات الفقه[1] . بل قد يصل الأمر إلى أكثر من هذا عندما لا يوجد نص فى التشريع يمكن تطبيقه كما لا توجد قاعدة فى المصادر الاحتياطية المحددة كالعرف أو مبادىء الشريعة الاسلامية يمكن الرجوع إليها ، مما يقتضى الرجوع إلى جوهر القانون وهو القانون الطبيعى ومبادىء العدالة ، فيحاول كل خصم أن يصور للقاضى ما يدعيه على أنه التعبير الوحيد المقبول عن مبادىء العدالة[2] .

وهذه المحاولات وإن كانت غير ممتنعة على الخصوم تمكيناً لهم من الحق فى الدفاع ، إلا أنها ليست مطلوبة منهم . فهى لا تتعلق بمحل الاثبات ، وليس من شأنها التأثير فى عقيدة القاضى ، أو اضافة جديد إلى معلوماته[3] . فالقاضى يمسك بالميزان بين الخصمين المتنازعين ويقضى بينهما بالعدل ، بحسب ما يحدده القانون

= وحدها لا من شأن الخصوم . واذن فان اقرار المطعون عليها بانطباق المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على الوصية موضوع النزاع لا يقيد المحكمة فى شىء » (نقض ٢٢/١٠/١٩٥٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٥ ، ص ٦٢) .

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٥٠ .

(٢) راجع فى مشكلة النقص فى التشريع ، وضرورة تكملته — بعد استنفاد المصادر الاحتياطية الأخرى — بالرجوع إلى جوهر القانون وهو العدل ، عن طريق مجهود علمى يقوم به القاضى يمكن تسميته بالبحث العلمى الحر : مؤلف العلامة الفرنسى فرانسوا جنى ، طرق التفسير ج ١ ، الصفحات ١١٧ ، ١١٨ ، ١٩٥ ، ١٩٧ ، ج ٢ ، الصفحات ٧٧ ، ٧٨ ، ١٢٩ ، ٣١٣ ، ٣٤١ ، ٣٤٦ ، ٣٦٠ ، ٣٦٦ ، ٣٧٠ ، ٣٩٧ ، ٣٨٨ ، ٤٠٦ ؛ ومؤلفه العلم والصياغة ج ٤ ، ص ٥٠ هامش ١ .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٠٩ ، ص ٨٣٠ .

لمعنى العدل فى دولة معينة فى زمان معين[1] ، وهو ما يعلمه القاضى علماً شخصياً لا يحتاج فيه إلى ارشاد أو اثبات ، وإن كان يخضع بشأنه لرقابة محكمة النقض . ورغم وضوح هذا المبدأ فقد ثارت مشكلة اثبات القانون الأجنبي أمام القاضى الوطنى وهو ما ندرسه فيما يلى .

١٨ – مشكلة اثبات القانون الأجنبى (٢) :

نظراً لتشابك العلاقات الخاصة الدولية ، وهى ما تسمى بالعلاقات ذات العنصر الأجنبى فإنه من المتصور أن يطبق القاضى الوطنى قانوناً أجنبياً على النزاع المعروض عليه إذا أشارت قواعد القانون الدولى الخاص بتطبيق هذا القانون . وقواعد القانون الدولى الخاص هى قواعد وطنية منصوص عليها فى القانون الوطنى ، وهى تسمى قواعد الاسناد لأنها تسند النزاع إلى قانون معين هو القانون الواجب التطبيق . وتسمى أيضاً قواعد تنازع القوانين ، لأنها تحل التنازع بين أكثر من قانون واحد فى حكم الخصومة المطروحة أمام القضاء . وقد وردت قواعد تنازع القوانين فى المواد من ١٠ – ٢٨ من التقنين المدنى المصرى . وهذه القواعد وطنية يخضع القاضى فى تطبيقها لرقابة محكمة النقض ومن هذه القواعد ما تنص عليه المادة ١٢ من أنه « يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين » . وطبقاً لهذا النص إذا عرض نزاع حول صحة زواج بين انجليزى وانجليزية أمام القاضى المصرى . فإن القانون الواجب على القاضى تطبيقه فى هذه الحالة يكون هو القانون الانجليزى .

والسؤال هو هل يفترض فى القاضى المصرى العلم بالقانون الأجنبى ،

---

(١) راجع فى تعريف العدل التعاقدى المأخوذ عن اوسطو : سمير تناغو ، الالتزام القضائى ، السابق الاشارة إليه ، فقرة ٩٦ ، ص ١٩٧ وما بعدها .

(٢) راجع فى تفصيل هذا الموضوع : رسالة الدكتوراه الزميل الدكتور هشام صادق ، مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى ، ١٩٦٨ .

فيقضى فيه بعلمه ويخضع فى قضائه لرقابة محكمة النقض؟ أم يعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة موضوعية يقع عبء اثباتها على الخصوم أنفسهم . وللاجابة على هذا السؤال ، فإن محكمة النقض المصرية متأثرة فى ذلك بما يجرى عليه القضاء الفرنسى[1] ، وجانب من الفقه الفرنسى[2] ، قضت بأن « التمسك بتشريع أجنبى أمام هذه المحكمة لايعدو أن يكون واقعة تجب اقامة الدليل عليها ولايغنى فى اثباتها تلك الصورة العرفية التى استند إليها الطاعنان بملف الطعن »[3] . وقضت كذلك بأن « الاستناد إلى قانون أجنبي ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لايعدو أن يكون مجرد واقعة وهو مايوجب على الخصوم اقامة الدليل عليه ، إذ كان ذلك ، وكان الطاعنون لم يبينوا القانون اللبنانى الذى يتمسكون به اكتفاء بقولهم أنه القانون اللبنانى الأخير الخاص بالوصية ولم يقدموا دليلا عليه فإن النعى بهذا السبب يكون غير مقبول »[4] .

ومع ذلك فإن بعض الفقه الفرنسى الحديث وكذلك الفقه المصرى فى مجموعه يذهبان إلى أن القانون الأجنبي لايغير طبيعته لمجرد تطبيقه فى دولة أخرى ، بل يظل محتفظاً بطبيعته القانونية ولا يتحول إلى واقعة مادية . وبالتالى فإن الخصوم وإن جازت معاونتهم للقاضى فى اثبات القانون الأجنبي إلا أنهم لايكلفون باثباته، فالقاضى يقضى فى القانون الأجنبي بعلمه ، وعليه أن يبحث هو عن مضمونه، وأن

---

(١) راجع فى القضاء الفرنسى: الأحكام المشار إليها فى بوردان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٤٣ ، ص ٢١٠ ؛ بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٠٩ ، ص ٨٣١ ، وما بعدها ؛ أوبرى ورو وبارتان ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، ص ٧٠ وما بعدها .

(٢) باتيفول ، المطول ، فقرة ٣٣٢ ؛ ليربور بيجونيير ولوسوارن ، موجز القانون الدولى الخاص ، فقرة ٣١٢ و ٣١٥ ، مشار إليها فى : هشام صادق ، تنازع القوانين ، ص ٢٢٩ ؛ بارتان على أوبرى ورو ، ج ١٢ ، ص ٧٠ وما بعدها .

(٣) نقض ١٩٥٥/٧/٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٦ ، ص ١٣٤٧ .

(٤) نقض ١٩٦٧/٧/٢٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ١٤٩٣ .

يفسره حسب القواعد المعمول بها فى الدولة صاحبة هذا القانون ، وهو يخضع فى كل ذلك لرقابة محكمة النقض[١].

وجدير بالملاحظة أن اعتبار القانون الأجنبي واقعة مادية يرجع إلى اعتبارين لم يعد هناك مجال لهما فى الوقت الحاضر . الاعتبار الأول وهو اعتبار تاريخى هو أن القانون الأجنبي يطبق على سبيل المجاملة ولذلك فهو لا يقف فى نفس مستوى القانون الوطنى[٢]. وهذا الاعتبار لم يعد له محل فى القانون الحديث حيث يطبق القانون الأجنبي طبقاً لما تقضى به قاعدة الاسناد الوطنية ، واستجابة لضرورات الحياة الخاصة الدولية وليس على سبيل المجاملة . أما الاعتبار الثانى فهو اعتبار عملى وهو صعوبة إلمام القاضى الوطنى بكل قوانين الدول الأجنبية ، ولكن هذا الاعتبار لم يعد له محل الآن بعد أن تعدد نشر الدراسات المقارنة وزادت الصلات العلمية والقانونية بين دول العالم المختلفة[٣].

وقد لاحظ البعض - بحق - أن محكمة النقض المصرية وهى تعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة مادية ، تفرض فى نفس الوقت رقابتها على محكمة الموضوع فى تفسير هذا القانون ، وهذا يكشف عن عدم اقتناعها الكامل بأن القانون الأجنبي

---

(١) أنظر فى الفقه الفرنسى : مالوري ، موتلسكى ، فالرى ، سافتيه ، ميكارد ، مراجع مشار إليها فى : هشام صادق ، تنازع القوانين ، ص ٢٢٦ هامش ١ ؛ وأنظر فى الفقه المصرى : جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، ص ٥٨٢ ؛ حامد زكى ، القانون الدولى الخاص المصرى ، ١٩٣٦ ، ص ١٨١ ؛ محمد كمال فهمى ، أصول القانون الدولى الخاص ١٩٥٥ ، ص ٣٩٤ ؛ شمس الدين الوكيل ، دراسة مقارنة فى اثبات القانون الأجنبى ورقابة المحكمة العليا على تفسيره ، الاسكندرية ١٩٦٤ ، ص ٥ ؛ عز الدين عبد الله ، ص ٤٢٩ ، مراجع مشار إليها فى : هشام صادق ، ص ٢٢٦ هامش ١ ، وأنظر أيضا : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٥٥ ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، ص ٢٩ — ص ٣٠ .

(٢) بارتان على أوبرى ورو ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، ص ٧١ .

(٣) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٥٦ .

هو مجرد واقعة مادية ، وإنما هي قد استبانت في قضائها للصعوبات العملية ، وهي مع ذلك صعوبات يمكن تخطيطها ولا ينبغي أن تؤدي إلى اهدار المبادىء القانونية السليمة [١] .

١٩ - مشكلة اثبات العرف والعادات الاتفاقية :

العرف هو تواتر الناس على العمل بقاعدة معينة مع شعورهم بإلزامها إلزاماً قانونياً . والقاعدة العرفية هي قاعدة قانونية جعلها المشرع المصري في الدرجة الثانية بعد التشريع واعتبرها مصدراً احتياطياً للقانون عند وجود نقص في التشريع (م ١ مدني) . ومع ذلك فإن القاعدة العرفية قد تنطبق مع وجود نص في التشريع بل وقد تخالف هذا النص ولو كان آمراً [٢] . ونظراً لطبيعة العرف القانونية ، فإن القاضي يفترض فيه العلم بالعرف ، وهو يقضي فيه بعلمه ، ولا يطلب من الخصوم اثباته ، ويخضع في قضائه به لرقابة محكمة النقض [٣] .

ولكن نظراً لصعوبة معرفة العرف من الناحية العملية فإن الخصوم يعمدون عادة إلى معاونة القاضي في التحقق من وجود العرف وتحديد مضمونه . ويكون ذلك في حالة العرف المهني أو التجاري عن طريق الالتجاء إلى أهل الاختصاص في مهنة معينة أو إلى الشهادات التي تعطيها الغرف التجارية وغير ذلك . ولكن القاضي يظل هو المرجع النهائي في تقدير وجود العرف وفي تفسيره لا يخضع في

---

(١) هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، ص ٢٣٤ .

(٢) راجع المادة ٢٣٢ مدني الخاصة بعدم جواز تقاضي فوائد مركبة أو ان يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن اكثر من رأس المال . وهذه قاعدة آمرة ولكن العرف التجاري يستطيع أن يخالفها بحسب نص المادة ٢٣٢ ذاتها .

(٣) فرانسوا جني ، طريقة تفسير القانون ، ج ١ ، ص ٣١٧ وما بعدها ؛ بارتان على أوبري ورو ، ج ١٢ ، فقرة ٧٤٢ ، ص ٦٩ - ص ٧٠ ؛ عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٥٠ ؛ حسن كيره ، المدخل ، ص ٢٦٧ وما بعدها .

ذلك إلا لرقابة محكمة النقض[1].

وجدير بالذكر أن الاعتراف للعرف بطبيعته القانونية لم يتحقق إلا فى وقت قريب . وقد كان العرف معتبراً منذ عهد المحشيين مجرد واقعة مادية لايجوز للقاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه . وكان هدف المحشيين من هذه الفكرة هو جعل العرف المحلى فى منزلة أقل من القانون الرومانى وهو القانون المكتوب أو العقل المكتوب على حد وصفهم له . وقد حدث نفس الشىء أيضاً فى القرن التاسع عشر فى فرنسا بفضل مدرسة الشرح على المتون التى كانت لا ترى للقانون إلا مصدراً واحداً هو التشريع. وقد نهض الفقه الألمانى ضد هذا الاتجاه ، ثم تابعه فى ذلك الفقه الفرنسى بعد الدراسات التى قام بها فرانسواجنى[2] .

وعلى خلاف العرف فإن العادة الاتفاقية ليست قاعدة قانونية ولكنها مجرد واقعة مادية . والعادة تختلف عن العرف فى افتقارها إلى قوة الإلزام .وهى تستمد قوتها الملزمة من إرادة المتعاقدين المفترضة فى الأخذ بما جرت عليه الناس.وأحياناً قد تدق التفرقة بين العرف وبين العادة الاتفاقية ، ومع ذلك فإن معيار التفرقة بينهما يظل واضحاً وهو أن العرف كما يقول البعض « يستمد قوته من تقاليد غير معروفة التاريخ تجعله وكأنه من تشريعات الآباء »[3] .

وعلى من يتمسك بعادة اتفاقية سواء كانت لها شهرة شائعة أو لم تكن لها هذه

---

(١) فرانسوا جنى ، ص ٣٥٤ ؛ حسن كيره ، ص ٢٧٠ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ص ٥٢ هامش ٢ .

(٢) يرد جنى على الحجة التى تقول أن العرف واقع لأنه مستمد من واقع الحياة ، بأنها حجة لفظية ، وأننا اذا أردنا أن نرد عليها بحجة لفظية مثلها لقلنا أن التشريع هو أيضا واقع ، بمعنى أنه تصرف صادر فى شكل معين ، المرجع السابق ، ص ٣٥٣ .

(٣) تالير وبيرسيرو ، القانون التجارى ، ١٨٩٨ ، ص ٤٢ ؛ بودان وبيدو ، ج٩ ، ص ٢١٢ .

الشهرة ، أن يثبت عند المنازعة فيها ، وجود هذه العادة ومضمونها . ويخضع هذا الاثبات لسلطة قاضى التقديرية ، وهو يعتبر من عناصر الواقع التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض . ومحل الاثبات ليس هو تراضى الطرفين على وجوب الأخذ بهذه العادة ، فهذا مستمد من جريان الناس عليها ، ولكن محل الاثبات هو وجود هذه العادة ومضمونها وهو ما يعبر عنه بكيانها المادى Sa materialité [1] ، وهذه واقعة مادية يجوز اثباتها بكل طرق الاثبات[2] .

٣ - شروط محل الاثبات

٢٠ - وضع المشكلة :

هناك شروط تتعلق بالواقعة المراد اثباتها بغض النظر عن وسيلة الاثبات المستخدمة . ولذلك تنبغى التفرقة بين شروط محل الاثبات وهى التى نقصدها فى هذا المكان ، وبين شروط طرق الاثبات . فكون القانون يجيز الاثبات بالشهادة أو لا يجيز ذلك ، فهذه مسألة تتعلق بطرق الاثبات الجائز قبولها . أما إذا كان القانون لا يجيز اثبات واقعة معينة لاعتبارات تتعلق بالنظام العام ، أو لأنها غير منتجة فى الدعوى ، فهذه مسألة تتعلق بشروط محل الاثبات ، وهى شروط إذا لم تتوافر ، لا يجوز اثبات الواقعة ، ولو كانت الطريقة المستخدمة فى اثباتها ، كالكتابة أو غيرها من الجائز استخدامها بحسب القانون فى اثبات مثلها [3] .

وشروط محل الاثبات هى أن تكون الواقعة المراد اثباتها واقعة محددة ، وغير

---

(١) قضت محكمة النقض بانه « متى كان الطاعن يدعى قيام « العادة الاتفاقية » بين الشركة وموظفيها على العمل فى الخارج وفى غير أوقات العمل لديها فان عليه هو لا على الشركة اثبات وجودها واثبات ان المتعاقدين كليهما قد قصدا الالتزام بها واتباعها » (نقض ١٩٦٢/٥/٢٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٣ ، ص ٦٥٢) .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٥١ - ص ٥٢ .

(٣) بودان ويرو ، ج ٩ ، ص ٢٤٠ .

مستحيلة ، ومتنازع فيها . وهذه شروط ثلاثة مستمدة من طبيعة الأشياء . وبجانب هذه الشروط يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى منتجة فيها من الجائز اثباتها ، وهذه شروط ثلاثة أخرى جرى عليها العمل ونص عليها قانون الاثبات فى المادة ٢ منه بقوله « يجب أن تكون الوقائع المراد اثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزاً قبولها » . وندرس هذه الشروط الستة فيما يلى بالترتيب .

٢١ - يجب أن تكون الواقعة محددة :

شرط أن تكون الواقعة محل الاثبات محددة ، هو شرط بديهى يرجع إلى طبيعة الأشياء . لأن الاثبات شأنه فى ذلك شأن أى نشاط إنسانى هادف ، لابد أن يرد على شىء محدد ، أما إذا كان محل هذا النشاط غير محدد وغير واضح المعالم ، فلا يمكن اعتباره نشاطاً جاداً مما تجوز مباشرته فى ساحة القضاء . فمن يدعى مثلا أنه مالك لشىء بمقتضى عقد من العقود ، يجب عليه أن يحدد هذا العقد ، وهل هو عقد بيع أم مقايضة أم هبة أم غير ذلك . ومن يدعى أنه دائن لشخص آخر يجب عليه أن يحدد الواقعة التى نشأ عنها هذا الدين سواء كانت تصرفاً قانونياً أو عملا مادياً [1] .

والواقعة يمكن أن تكون محددة سواء كانت ايجابية كوجود شىء معين أو القيام بعمل معين ، أو سلبية كالامتناع عن عمل معين أو عدم التقصير فى بذل عناية معينة [2] .

٢٢ - يجب أن تكون الواقعة ممكنة :

الواقعة المستحيلة لايقبل اثباتها ، فهذا عبث لايجوز أمام القضاء . والاستحالة

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٥٧ ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، ص ٣١ .

(٢) اوبرى و رو وبارتان ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، ص ٨١ - ص ٨٢ ؛ أحمد نشأت ، رسالة الاثبات ، ج ١ ، ١٩٧٢ ، فقرة ٤٤ ، ص ٧٨ .

ترجع إما إلى أن الواقعة لا يمكن تصديقها عقلا ، كمن يدعى بنوته لشخص أصغر منه فى السن[1] ، وإما أن ترجع إلى أن الواقعة وإن جاز تصديقها عقلا إلا أنها بسبب اطلاقها لا يمكن اثباتها . فالاستحالة متعلقة هنا بامكان الاثبات وليس بامكان التصديق

ومن قبيل الوقائع المطلقة التى لا يمكن اثباتها ، أن يدعى شخص أنه لم يرتكب خطأ فى حق أى انسان آخر ، فهذه واقعة سلبية مطلقة لا يمكن اثباتها . أو أن يدعى شخص أنه قام بوفاء جميع الالتزامات التى نشأت فى ذمته . فهذه واقعة ايجابية مطلقة لا يمكن اثباتها .

والواقعة المطلقة هى واقعة غير محددة . واستحالة اثباتها ترجع إلى عدم تحديدها . ومعنى ذلك أن شرط امكان الواقعة يرجع إلى الشرط السابق وهو أن تكون الواقعة محددة .

والواقعة المطلقة غير المحددة لا يجوز أن تكون محلا للإثبات ، نظراً لعدم تحديدها وكذلك لاستحالة اثباتها فى نفس الوقت . لا فرق فى ذلك بين أن تكون الواقعة ايجابية أو سلبية[2] .

---

(1) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٥٧ .

(2) ذهب المحشون ، عن خطأ ، إلى القول بأن الواقعة السلبية لا يمكن اثباتها نتيجة لفهم غير صحيح للنص الرومانى الذى يقرر أن عبء الاثبات يقع على من يدعى وليس على من ينكر Negantis naturali ration, nulla est probatio رغم أن هذا النص خاص بتحديد من يقع عليه عبء الاثبات ، وليس بتحديد شروط محل الاثبات . وقد شاع بين المحشين القول بان الواقعة السلبية لا يمكن اثباتها الا عن طريق اثبات واقعة ايجابية مضادة وهذا القول غير صحيح أيضا . لأن الواقعة السلبية اذا كانت محددة فانه يمكن اثباتها سواء من طريق اثبات واقعة ايجابية مضادة ، أو عن طريق اثبات الواقعة السلبية ذاتها . اوبرى و رو وبارتان ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، هامش ١٠ ، ص ٨٢ ؛ بودرى وبارد ، ج ٣ ، فقرة ٢٠٦٥ ص ٤٢٧ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ج ، ص ٥٨ ؛ عبد المنعم الصدة ، ص ٣٢ - ص ٣٣ .

وبطبيعة الحال فإن القاضي يبدي تساهلا أكثر في اثبات الواقعة السلبية المحددة. فلا يشترط بشأنها نفس درجة الاقناع اللازمة لاثبات الواقعة الايجابية المحددة[1] .

٢٣ — يجب أن تكون الواقعة متنازعا فيها :

الواقعة لا تكون محلا لاثبات قضائي إلا إذا كانت موضع نزاع بين خصمين أما إذا ادعى خصم بواقعة معينة ، وأقره خصمه على هذا الادعاء ، فإنه لا يكون هناك محل لاثبات هذه الواقعة . والاعتراف بالواقعة هو اعفاء لمن يدعيها من عبء اثباتها . وهو يجعل هذه الواقعة ثابتة في حق المقر وحده دون غيره من الناس. ولذلك فإن هذه الواقعة إذا نوزع في صحتها في خصومة أخرى في مواجهة شخص آخر فإنها تعود فتصبح جائزة الإثبات ، بل واجبة الإثبات . وكون الأقوال المنسوبة إلى الخصم تعتبر اقراراً منه أو لا تعتبر مسألة قانونية تدخل تحت رقابة محكمة النقض[2] .

٢٤ — يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى (٣) :

يجب أن تكون الواقعة محل الاثبات متعلقة بالدعوى Pertinent ، أي متعلقة بالحق المدعى به . وبطبيعة الحال إذا كانت الواقعة محل الاثبات هي مصدر هذا الحق فإن تعلقها بهذا الحق لا يكون في حاجة إلى بيان ، إذ لا توجد علاقة أقوى من العلاقة بين الحق ومصدره . ولكن نظراً لأن الاثبات لا يرد دائماً على مصدر الحق ، بل ينتقل إلى شيء آخر طبقاً لما سبق أن درسناه بصدد نقل محل

(١) اوبري و رو وبارتان ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، ص ٨٣ . بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤١٩ ، ص ٨٤٥ .

(٢) نقض ١٩٣٢/٣/٣٠ ، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٣ ، فقرة ٦١ ؛ قارن : عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٦٠ .

(٣) راجع في هذا الموضوع : رسالة محمد صادق فهمي ، الواقعة المتعلقة بالدعوى والجائز قبولها ، باريس ١٩٢٣ .

الاثبات[١] ، فإنه يشترط فى هذه الحالة أن يكون الشىء الذى انتقل إليه محل الاثبات ، أى الذى أصبح هو محل الاثبات ، قريباً voisin ومتصلا connexe بالمحل الأصلى للاثبات وهو مصدر الحق ، وبالتالى الحق ذاته .

فشرط أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى هو فى الواقع تعبير بطريقة معينة عن المدى الذى يجوز فيه نقل محل الاثبات من مصدر الحق إلى واقعة أخرى قريبة ومتصلة بهذا المصدر[٢] .

وتعتبر الواقعة قريبة ومتصلة بهذا المعنى ، إذا كان من شأن اثباتها أن يقتنع القاضى بوجود مصدر الحق وبالتالى بوجود الحق ذاته . واقتناع القاضى على هذا النحو يتحقق إذا كانت الواقعة المراد اثباتها تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال[٣] .

ولكن لا يشترط فى هذه الواقعة أن تكون حاسمة فى الاثبات ، فهذا شرط آخر سندرسه فى الفقرة التالية .

اما إذا كانت الواقعة غير قريبة أو متصلة بالحق أو بمصدره ، فإنها تكون غير متعلقة بالدعوى ، غير جائز اثباتها . وهذه مسألة تقديرية تخضع لسلطة قاضى الموضوع[٤] .

٢٥ — يجب أن تكون الواقعة منتجة فى الدعوى :

تكون الواقعة منتجة فى الدعوى concluant إذا كان اثباتها يؤدى بطريقة

---

(١) راجع ما سبق ، فقرة ١٤ .

(٢) بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٦٩ ، ص ٢٤١ ؛ بيرو ، انسيكلوبيدى داللوز ، ج ٤ ، ص ١٠٤ ، فقرة ٢٩ .

(٣) لوبرى ، رو وبارات ، ج ١٢ ، رقم ٢٤٩ ، هامش ١٠ مكرر .

(٤) بلانيول وريبير ، جابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤١٥ ، ص ٨٣٩ .

حاسمة إلى اقتناع القاضى بصحة الحق المدعى به . ويتحقق ذلك بصفة خاصة إذا كانت هذه الواقعة هى مصدر هذا الحق . ويتحقق ذلك أيضاً إذا لم تكن هذه الواقعة هى مصدر الحق ، بل كانت واقعة أخرى انتقل إليها محل الاثبات ، ومع ذلك فإن اثباتها يؤدى إلى اثبات مصدر الحق وبالتالى اثبات الحق ذاته بطريقة حاسمة ، أى بدرجة تدعو القاضى إلى اصدار حكمه فى النزاع(١) .

وبطبيعة الحال فإن الواقعة لا تكون منتجة فى الدعوى بهذا المعنى إلا إذا كانت متعلقة بها فى بادىء الأمر . فشرط أن تكون الواقعة منتجة يتضمن ويستغرق ويكمل شرط أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى ، إذ من غير المتصور أن تكون الواقعة منتجة فى الدعوى دون أن تكون متعلقة بها . ولكن العكس غير صحيح ، فقد تكون الواقعة متعلقة بالدعوى ولكنها غير منتجة فيها .

وحتى تمكن التفرقة بين هذين الشرطين من الناحية النظرية ، فإنه يمكن القول ان الواقعة قد تكون متعلقة بالدعوى ولكنها غير منتجة فيها بمفردها ، ولكنها تصبح منتجة فيها إذا اجتمعت معها وقائع أخرى متعلقة بالدعوى أيضاً . وكما يقول البعض أن النار تشتعل من احتكاك عدة عناصر مختلفة ، رغم أن كل عنصر من هذه العناصر بمفرده لا يؤدى إلى اشتعالها(٢) .

وكما أن التفرقة بين هذين الشرطين ممكنة من الناحية النظرية ، فهى مفيدة أيضاً من الناحية العملية . لأن القاضى يستطيع على أساس هذه التفرقة أن يقبل اثبات واقعة متعلقة بالدعوى ولكن ليس من الواضح أنها منتجة فيها منذ بادىء الأمر ،

---

(١) بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقره ١١٧٠ ، ص ٢٤٢ : عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٦٢ .

(٢) بونيه ولارنود ، مطول قواعد الاثبات فى القانون المدنى والقانون الجنائى ، الطبعة الخامسة ، ١٨٨٨ ، فقرة ٤٤ .

فإذا ما اضيفت هذه الواقعة إلى غيرها من الوقائع التي تحقق اثباتها امكن أن يؤدى ذلك إلى حسم النزاع فى الدعوى[١] .

ويلاحظ أن بعض الفقهاء يردون هذين الشرطين إلى شرط واحد هو أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى[٢] . وبعضهم يردونهما إلى الشرط الآخر وهو أن تكون الواقعة منتجة فى الدعوى[٣] . ويذهب البعض الآخر إلى أن هذين الشرطين يحققان معاً فكرة أن تكون الواقعة مفيدة فى الدعوى ، على النحو الذى تتطلبه المادة ٣٤ من قانون المرافعات الفرنسى[٤] .

ونظراً لأن المشرع المصرى يشترط فى المادة ٢ من قانون الاثبات اجتماع هذين الشرطين معاً ، وبمراعاة الفائدة النظرية والعملية فى عدم ادماج هذين الشرطين فى شرط واحد ، فإننا نرى الابقاء على التفرقة بينهما ، خاصة وأن هذه التفرقة تساعد القاضى على تحديد منطوق حكمه برفض طلب اثبات الواقعة . فهو قد يرفض اثباتها لعدم تعلقها بالدعوى ، وهو ما لايحتاج الأمر معه إلى البحث فى كونها منتجة أو غير منتجة فيها . وهو قد يرفض اثبات الواقعة لكونها غير منتجة فى الدعوى حتى ولو كانت متعلقة بها .

ولعل أبرز مثل على أن الواقعة غير منتجة فى الدعوى رغم كونها متعلقة بها ، يتحقق عندما يرى القاضى أن الأوراق والأدلة المقدمة فى الدعوى تكفى لتكوين

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٦٣ ؛ عبد الباسط جميعى ، ص ٥٩ — ٦٠ .

(٢) أوبرى و رو وبارتان ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، ص ٧٩ ؛ جيلبير بور ، الواقعة المتعلقة بالدعوى ، رسالة ، اكس ، ١٩٣٧ ؛ بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤١٥ ، ص ٨٢٨ .

(٣) بونيه ولارنود ، فقرة ٤٤ .

(٤) بودان ويرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٢٠ ، ص ٢٤٣ ، هامش ١ .

عقيدته . وهذه مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع[1] .

٢٦ — يجب أن تكون الواقعة جائزة الاثبات قانونا :

وتكون الواقعة غير جائزة الاثبـــات قانوناً إما لاعتبارات اخلاقية ، أو لاعتبارات تتعلق بالصياغة الفنية . ومن قبيل الاعتبارات الأخلاقية عدم جواز اثبات النسب غير الشرعى[2] ، وعدم جواز اثبات ما تتعارض اذاعته مع سر المهنة . ومن هذا القبيل ماتقرره المادة ٦٥ من قانون الاثبات، ونصها « الموظفون والمكلفون بخدمة عامة لايشهدون ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى علمهم فى أثناء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانونى ولم تأذن السلطة المختصة فى اذاعتها ومع ذلك فلهذه السلطة أن تأذن لهم فى الشهادة بناء على طلب المحكمة أوأحد الخصوم » . وتنص المادة ٦٦ من قانون الاثبات على أنه « لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الاطباء أو غيرهم من طـــريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جناية أو جنحة . ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة » . وتنص المادة ٦٧ من قانون الاثبات على أنه « لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضاء الآخر

(١) نقض ١٩٦٩/١/٢٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ١٨٢ ؛ نقض ١٩٦٩/١٢/٢٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ١٢٩٦ ؛ نقض ١٩٦٩/١٢/٢٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ١٣٤٤ ؛ نقض ١٩٧٠/٦/٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ١٠١٥ ؛ نقض ١٩٧٠/٦/٢٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ١٠٧٩ ؛ نقض ١٩٧/٤/٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٥٥٩ ؛ نقض ١٩٧٠/٤/١٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٦٥٣

(٢) راجع : سمير تناغو ، احكام الاسرة ، فقرة ٦٣ ، ص ٣٠٧ وما بعدها ؛ بودان وبيو ، ج ٩ ، ص ٢٤٤ .

ما أبانه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالها إلا فى حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر أو اقامة دعوى على احدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر.

أما اعتبارات الصياغة الفنية التى لا تجيز اثبات الواقعة فتلها أن ينص القانون على قرينة قانونية قاطعة لا تقبل اثبات العكس، كالقرينة المستمدة من حجية الشىء المحكوم به[1]، أو القرينة الخاصة بخطأ حارس الأشياء فى الحراسة[2].

وبهذا ننتهى من دراسة شروط الواقعة محل الإثبات. ونؤكد ما سبق أن ذكرناه أن هذه الشروط لا علاقة لها بشروط قبول الدليل، فهذه الشروط الأخيرة خاصة بطرق الإثبات الجائز تقديمها كالكتابة والبينة وغيرها. وننتقل الآن إلى دراسة عبء الإثبات.

(١) عبد الرزاق السنهورى، ج ٢، ص ٦٤؛ بودان وبيرو، فقرة ١١٧١، ص ٢٤٤.

(٢) راجع فى هذا الموضوع: محمد لبيب شنب، المسئولية عن الاشياء، رسالة، القاهرة ١٩٥٧، خاصة ص ٢٢٥ وما بعدها.

الفصل الثالث
عبء الإثبات

٢٧ – أهمية تحديد من يقع عليه عبء الاثبات :

طبقاً لمبدأ حياد القاضى فإن الاثبات واجب على الخصوم كما هو حق لهم . والاثبات لايكون واجباً على كل من الخصمين فى نفس الوقت ، والا لألقى كل خصم هذا الواجب على عاتق خصمه ولما أمكن الفصل فى أى نزاع . ولذلك فإن الذى يجب عليه اثبات واقعة معينة هو أحد الخصمين دون الخصم الآخر. ويبقى على الخصم الذى يقع عليه هذا الواجب أن يقوم باثبات الواقعة المطلوب اثباتها . والا حكم القاضى لصلحة خصمه الذى لايطلب منه اثبات أى شئ بصدد هذه الواقعة قبل أن يقوم الخصم الأول بواجبه فى الإثبات. ويترتب على ذلك أن مصير الحكم فى الدعوى يتوقف على نجاح الخصم الذى يقع عليه واجب الاثبات فى القيام بهذا الواجب . ولكن بطبيعة الحال نظراً لحق كل خصم فى اثبات عكس ما يثبته خصمه[1] ، فإن مصير الحكم فى الدعوى يتوقف بصفة نهائية على نجاح الخصم فى الإثبات دون أن يستطيع خصمه اثبات العكس.

ونظـــراً لأنه فى كثير من الأحيان تكون عناصر الإثبات نادرة أو غامضة أو مشكوك فى مداولها ، فإن واجب الإثبات يصبح مهمة صعبة بالنسبة لمن يتحمله ، وهذا ما يفسر الاســم الذى يطلق على هذا الواجب ، وهو عبء الإثبات[2] .

---

(١) راجع ما سبق ، فقرة ٩ .

(٢) بودان وبرو ، ج ٩ . فقرة ١١٥٨ ، ص ٢٣٠ ؛ بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ . فقرة ١٤٠٠ ، ص ٨٣٨ ؛ عبد الرزاق السنهورى ج ٢ ، ص ٦٧ .

٢٨ – عبء الاثبات يقع على من يدعى خلاف الأصل (١) :

تنص المادة الأولى من قانون الإثبات على أنه « على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه » . وهذا النص منقول عن المادة ٣٨٩ من القانون المدنى ، وهذه بدورها منقولة عن المادة ١٣١٥ من القانون المدنى الفرنسى التى تنص على أن « من يطلب بتنفيذ التزام عليه اثبات وجوده ، وبالمثل فإن من يدعى التخلص من هذا الالتزام أن يثبت الوفاء ، أو الواقعة التى أدت إلى انقضاء التزامه».

والحكم المقرر فى المادة الأولى من قانون الإثبات هو تطبيق خاص ، بصدد نظرية الالتزام ، للقاعدة العامة فيمن يقع عليه عبء الإثبات ، أياً كان الحق موضوع النزاع ، سواء كان حقاً شخصياً أو عينياً أو مركزاً من أى نوع آخر.

والمطلوب الآن هو تحديد القاعدة العامة التى تطبق على الالتزامات وغيرها من الحقوق والمراكز . وقد جرى القول منذ وقت بعيد على التعبير عن هذه القاعدة بأن على المدعى يقع عبء الإثبات[٢]. وهذه القاعدة تبدو طبيعية ومقبولة ، لأن من يكلف خصمه بالحضور أمام القضاء ويدعى شيئاً يريد الحكم له به فى مواجهته عليه أن يثبت صحة ما يدعيه Actori, incumbit probati[٣]. وقد عبر الرومان

(١) فرانسوا جينى ، العلم والصياغة ، ج ٣ ، ص ٢٧٤ ؛ ملرتى ورينو ، ج ١ ، ص ٣٤٧ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٦٧ وما بعدها .

(٢) من المبادىء المقررة فى الشريعة الاسلامية ان البينة على من ادعى واليمين على من انكر . وقد فصل التقنين المدنى العراقى فى احكام الفقه الاسلامى فى هذا الشأن نقلا عن المجلة فى المواد ٤٤٤ – ٤٤٨ وهى تنص على أن الاصل براءة الذمة ، واليقين لا يزول بالشك ، ويضاف الحادث إلى اقرب اوقاته ، والاصل بقاء ما كان على ما كان ، والاصل فى الصفات العارضة العدم ، وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه ، والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، والمنكر هو من يتمسك بابقاء الاصل . مشار إليه فى : عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٦٦ ، هامش (٢) .

(٣) يلاحظ البعض أنه رغم ما فى القاعدة المذكورة من منطق، إلا انها لم تكن مقررة ■

عن ذلك بأن كل مركز مكتسب يستحق الحماية وأن على من يريد تغيير الظاهر أن يثبت ما يدعيه [١].

ولكن من هو المدعى؟ بحسب اصطلاحات قانون المرافعات ، فإن من يرفع الدعوى ويكلف خصمه بالحضور هو المدعى فى هذه الدعوى . ومع ذلك فطبقاً لحق الخصوم فى الدفاع فإن المدعى إذا اثبت دعواه ، فإن المدعى عليه يستطيع أن يدفع هذا الادعاء باثبات عكس ما أثبته المدعى . ومن المتقرر فى فقه المرافعات أيضاً أن المدعى عليه يصبح بدفعه مدعياً Reus in excipiendo fit actor . وعلى هذا النحو فإن عبء الإثبات يمكن أن ينتقل من خصم إلى آخر ، كالكرة يتقاذفها الخصمان ، حتى يعجز من أتى عليه هذا العبء أخيراً أن يقوم به ، أو يعجز من ألقيت اليه الكرة أخيراً أن يردها إلى خصمه ، فيكون بذلك قد خسر دعواه .

ومن الأمثلة على ذلك أن يثبت المدعى أنه دائن للمدعى عليه بمقتضى عقد بيع أو قرض أو على أساس عمل غير مشروع أو اثراء بلا سبب ، فيقوم المدعى عليه باثبات أنه وفى بهذا الالتزام أو أن هذا الالتزام قد انقضى لأى سبب من الأسباب ، أو أن هذا الالتزام لم ينشأ لأن العقد الذى أنشأه لم ينعقد صحيحاً إلى غير ذلك من أوجه الدفع الممكنة .

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً ان يثبت المدعى ملكيته للشىء الذى يطالب باستحقاقه ، فيدفع المدعى عليه هذه الدعوى باثبات اكتسابه هو الملكية لهذا الشىء بطريق التقادم [٢].

= فى كل الصور فهى أصبحت مقررة فى القانون الرومانى بمقتضى الاوامر البريطورية . ولكن هذه القاعدة احتجبت فى القانون الفرنسى القديم ، الذى كان يجبر ، حسب بعض وثائق القرون الوسطى أن المدعى عليه فى دعوى الاستحقاق سيىء النية وعليه هو أن يثبت سند ملكيته .
راجع : بودان ويبرو ، ج ٩ ، ص ٢٢١ ، هامش ١ .

(١) Code, L. 23, 4, 19.

(٢) مارتى ورينو ج ١ ، فقرة ٢١٣ : ص ٣٤٦ .

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً أن يطالب المودع بالتعويض فى مواجهة المودع لديه بسبب هلاك الشىء المودع ، فيدفع المودع لديه هذا الادعاء بأن الشىء هلك بسبب قوة قاهرة ، فيرد المودع على هذا الدفع بأن القوة القاهرة لا تعفى من المسئولية بسبب سبق اعذار المودع لديه بالرد ، فيجيب المودع لديه بعدم تأثير الاعذار لأن الشىء المودع كان سيهلك حتى ولو كان قد سلم إلى المودع[1] .

وهكذا فإن الادعاءات يمكن أن تتبادل بين الخصمين وأن تتشابك إلى درجة جعلت البعض يذهب إلى عدم امكان وضع قاعدة عامة فى شأن من يقع عليه عبء الإثبات ، وأن كل ما يمكن الوصول إليه هو تحليل أحكام القضاء تحليلا وصفياً ، عن طريق تصنيف أحكام القضاء إلى طوائف نموذجية أو طبيعية يمكن بطريق القياس عليها تحديد من يقع عليه عبء الإثبات بصدد كل نزاع جديد تثور بصدده هذه المشكلة[2] .

ومع ذلك فإن الفقه السائد لا يعترف بهذه الصعوبة ، ويحاول أن يضع مجموعة من الضوابط تكفى لتحديد المقصود بالمدعى الذى يقع عليه عبء الاثبات .

ومن الممكن أن تكون نقطة البداية فى هذه المحاولات ، ما قرره الرومان[3]

---

(١) بيودرى وبارد ، ج ٣ ، فقرة ٢٠٦٣ ، ص ٤٢٤ ، وهو يعطى هذا المثال بصدد عقد العارية ، وقد رأينا من الافضل تطبيقه على عقد الوديعة .

(٢) بارتان على اوبرى و رو ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، هامش ٢٠ مكرر ، ص ٩٠ . ويلاحظ ان التشابك والتداخل الذى يشير إليه بارتان ، يتحقق بالفعل فى كثير من الاحيان بحيث اصبح من غير المقبول القول بان عبء الاثبات يقع على من يرفع الدعوى أو يتمسك بالدفع فى جميع الاحوال . فعلى سبيل المثال فان دعوى ضمان العيوب التى يرفعها المشترى على البائع يشترط فيها أن يكون العيب مؤثرا وخفيا وغير معلوم للمشترى . ويقع على عاتق المشترى رافع الدعوى اثبات توافر الشرطين الاولين فقط . اما الثالث فهو مفترض ولا يطالب المدعى باثباته . راجع نقض مصرى، ٢٠/١٠/١٩٦٦ ، مجموعة المكتب الفنى، س ١٧ ، ص ١٥٥٢ .

(٣) Code, L. 23. 4. 19.

من أن من يدعى خلاف الظاهر المشروع أو خلاف المركز المكتسب عليه يقع عبء اثبات ما يدعيه . وترجع هذه الفكرة إلى اعتبارات حفظ النظام والعمل على استقرار المعاملات[1] . وهى اعتبارات ليست بعيدة عن جوهـــر القانون وأهدافه الأساسية .

ويعبر عن هذه القاعدة تعبيراً آخر هو أن البينة على من ادعى خلاف الأصل Onus probandi incumbit ei qui dicit . ويبقى بعد ذلك أن نحدد ماهو المقصود بالأصل الذى يعنى من يتمسك به من الاثبات ، والذى يقع على من يتمسك بخلافه عبء الاثبات .

وبصفة عامة فإن الأصل فى الالتزامات هو براءة الذمة ، والأصل فى الحقوق العينية هو الواقع . والأصل فى سائر الأمور هو الظاهر أو هو ما قام عليه الدليل فعلا أو فرضاً . ونوضح كل ذلك فيما يلى :

٢٨ — الأصل فى الالتزامات براءة الذمة :

الأصل ان الشخص لا يرتبط بأى التزام فى مواجهة أى شخص آخر . وعلى من يدعى خلاف ذلك ، أى على من يدعى أنه دائن لغيره ، أن يقيم الدليل على ما يدعيه لأنه يدعى خلاف الأصل ، وهذا ما تقرره المادة الأولى من قانون الاثبات بقولها « على الدائن اثبات الالتزام »[2] .

ويستطيع المدعى اثبات وجود الالتزام ، إذا هو اثبت المصدر الذى نشأ عنه هذا الالتزام سواء كان هذا المصدر تصرفاً قانونياً كعقد بيع أو قرض أو

(١) بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٦٠ ، ص ٢٣٢ ؛ فرانسوا جنى ، العلم والصياغة ، ج ٢ ، ص ٢٧٤ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٧١ .

(٢) نقض ١٩٦٣/٣/١٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٤ ، ص ٣١٢ ؛ نقض ١٩٦٧/٢/٢٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ١٩٠ .

وكالة [١] أو كان واقعة مادية كعمل غير مشروع [٢] أو اثراء بلا سبب [٣] .

وإذا اثبت المدعى مصدراً للالتزام المدعى به كعقد من العقود ، فلا يطلب منه بعد ذلك اثبات أن العقد غير مشوب بسبب من أسباب البطلان، كعدم الأهلية أو نقصها أو عيب من عيوب الارادة ، أو عدم مشروعية المحل أو عدم مشروعية السبب ، أو غير ذلك . بل يكون على المدين فى هذه الحالة أن يثبت السبب الذى يؤدى إلى بطلان العقد .

فبالنسبة للأهلية ، الأصل هو كمال أهلية الشخص البالغ سن الرشد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون (م ١٠٩ مدنى) [٤] . وبالنسبة للارادة ، الأصل فيها أن تكون سليمة من العيب . وعلى من يدعى ان إرادته معيبة بغلط أو اكراه أو تدليس أن يثبت ما يدعيه .

وبالنسبة للسبب ، فإن كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك . ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه [٥] .

---

(١) نقض ١٩٤٧/٣/٦ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٠ ، فقرة ٣٠ ؛ نقض ١٩٦٩/٥/١٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ٧٨٤ .

(٢) نقض ١٩٥٨/٥/١٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٩ ، ص ٤٤١ ؛ نقض ١٩٦٧/٦/٢٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ١٣٦٦ .

(٣) نقض ١٩٦٧/٣/٣٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ٧٢٥ .

(٤) نقض ١٩٦٣/١٢/٢٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٤ ، ص ١٢٣١ .

(٥) نقض ١٩٥٢/٤/٢ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٩ ، فقرة ٢٨ ؛ نقض ١٩٣٢/١١/٣ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٠ ، فقرة ٢٩ ؛ نقض ١٩٦٧/٦/٢٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ١٣٢٤ .

وكما أن الأصل فى الشخص براءة الذمة ، فإن الأصل فيه كذلك ، من باب أولى ، عدم الاعسار . فمن ادعى اعسار شخص آخر سواء للحكم عليه بالاعسار ، أو لاسقاط حقه فى الأخذ بالشفعة [1] ، أو للطعن فى تصرفه بالدعوى البوليصية [2] ، أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه .

والأصل فى الإنسان حسن النية ، لأن الانسان يولد جاهلا بكل شىء ، فالأصل فيه اذن عدم العلم بظروف معينة من شأن العلم بها أن يصبح سىء النية [3] ، أو أن يفقد حقه فى الرجوع على خصمه بدعوى معينة كدعوى ضمان العيوب الخفية [4] .

٢٩ — الأصل فى الحقوق العينية هو الامر الواقع statu quo (٥) :

الأصل فى الحقوق العينية هو أن من يضع يده على الشىء يعتبر صاحب حق عليه . ومن هنا ظهرت قاعدة أن الحيازة فى المنقول سند الحائز . فالمعقول أن من يحوز الشىء يكون صاحب حق عليه . ولئن كانت هذه الفكرة أكثر وضوحاً بالنسبة للمنقول مما جعلها ترتفع إلى مستوى القواعد الموضوعية وليس فقط إلى مستوى قواعد الإثبات ، الا أنها تظل تحتفظ أيضاً بقيمتها بالنسبة للعقار ، فى تحديد من يقع عليه عبء الإثبات . ولذلك فإن الحائز لايطالب باثبات سند حيازته ، بل

(١) نقض ١٩٤٦/١/٣١ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض ، جـ ١ ، ص ٢٩ ، فقرة ٢٤ .

(٢) نقض ١٩٣٦/١١/١٩ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٢٩ فقرة ٢٥ .

(٣) نقض ١٩٦٧/٦/٢٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، ١٨ ، ص ١٣٢٤ ؛ نقض ١٩٦٧/٦/١٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ١٢٧٥ .

(٤) نقض ١٩٦٦/١٠/٢٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ١٥٥٢ .

(٥) فرانسوا جنى ، العلم والصياغة ، جـ ٣ ، ص ٢٧٤ ؛ ملوتى ورينو ، جـ ١ ، فقرة ٢١٣ ، ص ٢٤٧ .

أن من ينـازعه فى ذلك ، كمن يدعى ملكية هذا الشىء هو الذى يقع عليه عبء اثبات ما يدعيه .

وطبقاً لهذا المعنى فقد قضت محكمة النقض بأن عجز المدعى عن الاثبـات كاف لرفض دعواه ولو عجز المدعى عليه عن اثبات ملكيته بالتقادم[١]. وقضت بأنه إذا عجز المدعى عن اثبات سبب ملكيته ،فلا حاجة للتزيد فى بحث ملكية المدعى عليه[٢]. وقضت بأن طالب التعويض عن تهدم بنائه مكلف باثبات ملكيته للبناء إذا انكرها المدعى عليه[٣]. وقضت بعدم جواز تكليف ناظر الوقف الواضع يده على أعيـانه بتقديم كتاب الوقف أو اشهاد[٤]. وقضت بأن من الخطأ اغفال المحكمة بحث سند ملكية المدعى للاطيان محل النزاع وبحث ملكية المدعى عليه لها إذا كان موضوع النزاع هو تصرف المدعى عليه فى اطيان مملوكة للمدعى[٥]. وقضت بأن الحكومة كالأفراد عليها عبء اثبات ملكيتها العقارية فى وجه الغير[٦]. وقضت بأن ثبوت حيازة المـال المودع يستفاد منه وجـود السبب الصحيح وحسن النية ، وعبء الاثبـات يقع على من يدعى العكس[٧]. وقضت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض ،

(١) نقض ١٩٤٥/٦/١٤ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٧ ، فقرة ١٨ .

(٢) نقض ١٩٥٢/٢/١٤ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٨ ، فقرة ١٧ ؛ نقض ١٩٥٢/٣/٦ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٨ ، فقرة ١٨ ؛ نقض ١٩٥١/٤/٥ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٨ ، فقرة ١٩ ؛ نقض ١٩٤٧/١٢/٢٥ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ٢ ، ص ٩٩٣ ، فقرة ٢٣ ؛ نقض ١٩٥١/٢/١٥ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ٢ ، ص ٩٩٣ ، فقرة ٢٤ .

(٣) نقض ١٩٥٢/٤/١٧ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٧ ، فقرة ١١ .

(٤) نقض ١٩٤٧/١/٢٣ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٧ . فقرة ١٤ .

(٥) نقض ١٩٣٩/١/١٥ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ٢ ، ص ٩٩٣ ، فقرة ٢١ .

(٦) نقض ١٩٥١/٢/٢٢ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣١ ، فقرة ٤٦ .

(٧) نقض ١٩٥٣/١١/٢٦ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٠ ، فقرة ٣١ .

باعتبار الزرع ملكاً لزارعه وعدم أحقية مالك الأرض فى ملكية هذا الزرع بحكم الالتصاق الا إذا حكم بعدم أحقية الزارع فى وضع يده على الأرض[1].

ويلاحظ أنه إذا كان الأصل فى الحقوق العينية هو الواقع ، فإنه إذا وجد دليل قانونى يكذبه ، وجب اطراح الواقع والأخذ بالدليل القانونى الذى يصبح فى هذه الحالة هو الأصل الذى يعول عليه .

ومن هذا القبيل أن أراضى طرح النهر تعتبر ملك الدولة بحكم القانون ، ومن ادعى اكتساب ملكيتها لأى سبب من الأسباب أن يثبت ما يدعيه ولا يكفى فى ذلك مجرد حيازته لها[2].

ومن هذا القبيل أيضاً أن الخصم الذى يكون سند ملكيته أسبق فى التسجيل من سند خصمه يعتبر هو المالك إلى أن يثبت الخصم أنه تملك العقار بالتقادم[3]. وكذلك إذا كانت العين تدخل فى مستندات تمليك المدعى ولا تدخل فى مستندات المدعى عليه فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعى عليه[4].

أما إذا ادعى الطرفان التملك بالتقادم ، فإنه يصح اعتبار اخفاق المدعى عليه فى الاثبات قرينة لمصلحة المدعى ، لأن عبء الاثبات فى هذه الحالة كان واقعاً على الخصمين معاً . فإذا أخفق احدهما ونجح الآخر ، فيجوز اعتبار اخفاق الأول

---

(١) نقض جنائى ، ١٩٤٢/١١/٣٠ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ملحق ج ٢ للدائرة المدنية ، ص ١٣٠٢ ، فقرة ١ .

(٢) نقض ١٩٥٣/١١/٢٦ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣١ ، فقرة ٤٦ ؛ نقض ١٩٥٨/٦/٢٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٩ ، ص ٦٢٠ ؛ نقض ١٩٦٠/٢/١١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١١ ، ص ١٤٨ .

(٣) نقض ١٩٦٥/١٠/٢٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ٩٢٩ .

(٤) نقض ١٩٥٤/٤/٢٩ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٨ ، فقرة ٢١ .

قرينة تضاف إلى الأدلة التى قدمها الآخر[1] .

وإذا كان الأصل فى الملكية هو الواقع ، فإن الأصل فيها أيضاً أن تكون خالية من الحقوق التى تثقلها كحق انتفاع أو ارتفاق أو رهن أو غير ذلك . وعلى من يدعى خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه[2] .

٣٠ — الاصل هو ما يتفق مع المبادىء العامة :

من يتمسك بمقتضى المبادىء العامة فى القانون كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، أو مبدأ أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه ، لا يقع عليه عبء اثبات عدم وجود ما يعطل الأخذ بهذه المبادىء . وعلى العكس فإن من يتمسك بحكم استثنائى على هذه المبادىء كتعديل العقد بسبب ظروف طارئة استثنائية أو بسبب الاذعان ، أو بعدم جواز التنفيذ على الأرض المملوكة له باعتبارها ملكية زراعية صغيرة .. الخ أن يثبت توافر شروط الاستثناءات الواردة على هذه المبادىء بما يسمح له التمسك بها على خلاف الأصل[3] .

٣١ — الاصل فى القانون هو الظاهر :

يعمل القانون على حماية الأوضاع الظاهرة عملا على استقرار المعاملات ، وهو يرتفع بهذه الحماية إلى درجة القواعد الموضوعية ، فيقرر نظرية النيابة الظاهرة (م ١٠٧ مدنى) . ويجيز الوفاء للدائن الظاهر (م ٣٣٣ مدنى) ، ويجيز التمسك بالعقد الظاهر فى مواجهة من يتمسك بالعقد المستتر (م ٢٤٤ مدنى)[4] .

(١) نقض ١٠/١٠/١٩٤٦ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٨ ، فقرة ٣٠ .

(٢) بودرى وبارد ، ج ٣ ، فقرة ٢٠٦٠ ، ص ٤٢٢ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٧٤ .

(٣) قضت محكمة النقض بان عبء الاثبات فى عدم جواز الحجز لان المدين من صغار الزراع يقع على عاتق الزراع ، نقض ٣/١٠/١٩٤٦ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٩ ، فقرة ٢٧ .

(٤) راجع فى هذا الموضوع : عبد الباسط جميعى ، نظرية الاوضاع الظاهرة ، على الآلة الكاتبة ، رسالة ، القاهرة ، ١٩٥٥ .

وفى مجال الاثبات فإن من يتمسك بالوضع الظاهر ، كعقد ظاهر، أو ملكية ظاهرة ، أوغير ذلك من المراكز والأوضاع الظاهرة ،لايطالب باثبات مايدعيه، بل يقع عبء الاثبات على من يتمسك بصورية هذا العقد أو عدم ثبوت الملكية . . . الخ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الوارث يلتزم باثبات مايدعيه من عدم صحة تاريخ العقد الصادر من المورث وأنه لاحق لطلب الحجر عليه [1]. وقضت تطبيقاً للقانون المدنى القديم بأن من يدعى أن بيع الوفاء يخفى رهناً أن يثبت ما يدعيه [2]. وقضت بأن على من يدعى صورية سبب الدين أن يثبت ادعاءه لنقل عبء اثبات وجود السبب الحقيقى الصحيح الجائز إلى الدائن [3]. وقضت بأن حائز البضاعة المضبوطة داخل الدائرة الجمركية عليه اثبات أنه حصل عليها نتيجة مبادلة تمت خارج الدائرة الجمركية والا اعتبرت البضاعة مهربة [4]. وقضت بأن الادعاء بالتصرف فى بضائع معفاة من الرسوم الجمركية إلى شخص غير معفى يقع عبء اثباته على عاتق من يدعيه [5]. وقضت بأن ادعاء الشفيع بصوريه الثمن الذى ورد فى عقد البيع لايعفيه من واجب اعلان رغبته فى الميعاد وله أن يطعن بعد ذلك فى هذا الثمن ويثبت صوريته بجميع طرق الاثبات [6]. وقضت باعتبار الشفيع متخلفاً عن الايداع المفروض عليه قانوناً

---

(١) نقض ١٩٥٢/٤/١٧ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٢٧ ، فقرة ١٣ .

(٢) نقض ١٩٤٥/٢/١ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٢٨ ، فقرة ٢٢ ؛ نقض ١٩٥٦/١٠/٢٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٧ ، ص ٨٤٧ .

(٣) نقض ١٩٥٣/٤/٢ ؛ نقض ١٩٣٢/١/١٣ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض ، جـ ١ ، ص ٢٩ — ص ٣٠ ، فقرة ٢٨ ، فقرة ٢٩ .

(٤) نقض ١٩٥٦/٢/٦ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنه ، جـ ؟ ، ص ١٨ ، فقرة ١٢ .

(٥) نقض ١٩٥١/٣/٢٢ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة جـ ١ ، ص ٣٠ ، فقرة ٣٩ .

(٦) نقض ١٩٦٥/١١/٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ٩٩٧ .

إذا أودع ثمناً يقل عن الثمن الوارد بالعقد مع عجزه عن اثبات صوريته[١]. وقضت محكمة النقض بصحة الحكم بعدم جواز اثبات ما يخالف ما ورد بعقد البيع إلا بالكتابة وعلى أن الصورية بين المتعاقدين لا تثبت كذلك إلا بالكتابة[٢].
وقضت بأن اقامة الحكم باعتبار البيع صورياً ساتراً لوصية، على جملة قرائن مجتمعة ومتساندة بحيث لا يظهر أثر كل واحدة منها على حدة فى تكوين عقيدة المحكمة مع تعييب الحكم فى ثلاث قرائن منها، يستوجب نقضه[٣].

٣٢ — الأصل هو ما قام عليه الدليل فعلا :

إذا قام الدليل على واقعة اعتبرت هذه الواقعة ثابتة فعلا[٤]، وأصبحت هى الأصل الذى لا تجوز مخالفته إلا باقامة دليل آخر ينقض الدليل الأول. ولعل أبرز مثل على ذلك أنه إذا ثبت وجود الالتزام عن طريق اثبات مصدره، فإنه يعتبر أصلا لأنه يكون قد ثبت فعلا وقام الدليل عليه. وعلى المدين بهذا الالتزام اثبات الوفاء به أو التخلص منه لأى سبب من أسباب الانقضاء أو البطلان أو الزوال (م ٢ من قانون الاثبات).

وتطبيقاً لهذا المبدأ قضت محكمة النقض بأن عجز المدين عن اثبات التخالص من الدين كاف للحكم عليه دون حاجة إلى تكييف العقد الذى نشأ عنه الدين[٥].

---

(١) نقض ١٩٦٣/١٢/٥، مجموعة المكتب الفنى، س ١٤، ص ١١٢٠.
(٢) نقض ١٩٦٤/١/١٦، مجموعة المكتب الفنى، س ١٥، ص ٨٦.
(٣) نقض ١٩٦٥/١٢/٩، مجموعة المكتب الفنى، س ١٦، ص ١٢٣٥.

(٤) اعتبار الواقعة التى قام عليها الدليل ثابتة فعلا هو تعبير الدكتور عبد الرزاق السنهورى فى هذا الشأن. وهو كان قد استخدم من قبل تعبير (الثابت عرضا)، وقد أخذه عنه الفقه، وأخذته عنه محكمة النقض : نقض مدنى ١٩٤٧/٣/٦، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة، ج ١، ص ٣٠، فقرة ٣٠). ولاشك أن تعبير « الثابت فعلا » ابلغ فى الدلالة على حقيقة المقصود به. راجع : عبد الرزاق السنهورى، ج ٢، ص ٧٦، هامش ١.

(٥) نقض ١٩٥٤/١١/٤، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، ج ١، ص ٢٢، فقرة ١٠.

وقضت بأن عبء الاثبات فى الادعاء بتسليم البضاعة المبيعة يقع على عاتق البائع [١]. وقضت بأنه يقع على عاتق الوكيل اثبات براءة ذمته بصرف المبالغ فى شئون الموكل أو تسليمها إليه [٢]. وقضت بأن عبء اثبات انتفاء الضرر فى الشرط الجزائى تقع على عاتق المدين [٣]. وقضت بأنه لا ترتفع مسئولية أمين النقل إلا إذا اثبت أن عدم تسليم البضاعة المرسلة أو ضياعها راجع لسبب قهرى متى كانت دعوى المسئولية قد رفعت عليه فى الميعاد المحدد بالمادة ١٠٤ تجارى. وان أمين النقل إذا دفع الدعوى بأنها رفعت بعد مدة التقادم المحددة فى المادة ١٠٤ تجارى، انتقل عبء الاثبات إلى المرسل ليثبت وقوع غش أو خيانة من الأمين أو عماله أدى إلى ضياع البضاعة لتفادى الحكم بسقوط حقه بالتقادم المذكور. ومسئولية أمين النقل تكون فى هذه الحالة مسئولية تقصيرية وليست تعاقدية [٤].

وإذا قام الدليل على وجود العقد فإن الادعاء بتزويره يقع عبء اثباته على عاتق من يدعيه [٥]. أما إذا ثبت أن العقد قابل للابطال فإن الادعاء بأنه أصبح صحيحاً بالاجازة يقع عبء اثباته على من يدعى الاجازة على خلاف ما ثبت من قابلية العقد للابطال [٦].

وإذا كان من المسلم اثبات تنفيذ الالتزام يقع على عاتق المدين، إلا أن الأمر يحتاج إلى شيء من التفصيل إذا كان الدائن لا يطالب بالتنفيذ ولكنه يطالب

---

(١) نقض ١٨/١٢/١٩٥٢، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، جـ ١، ص ٢٨، فقرة ٢٣.

(٢) نقض ٦/٣/١٩٤٧، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، جـ ١، ص ٣٠، فقرة ٣٠.

(٣) نقض ٣٠/١٠/١٩٥٢، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، جـ ١، ص ٣٠، فقرة ٣٢؛ نقض ١٢/١١/١٩٥٩، مجموعة المكتب الفنى، س ١٠، ص ٦٤١.

(٤) نقض ٣١/٥/١٩٥٦، مجموعة المكتب الفنى، س ٧، ص ٦٤٢.

(٥) نقض ٢٤/١٢/١٩٥٣، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، جـ ١، ص ٣٠، فقرة ٣٢.

(٦) نقض ٢٦/١١/١٩٥٢، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، جـ ١، ص ٢٩، فقرة ٢٦.

بالتعويض لعدم التنفيذ . وهنا تجب التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية . ففي الالتزام بتحقيق نتيجة يكفي أن يثبت الدائن وجود الالتزام ، حتى ينتقل عبء الاثبات إلى المدين ليثبت أنه نفذ هذا الالتزام أو أنه لم ينفذه لسبب أجنبي لا يسأل عنه[1] . أما في كالتزام ببذل عناية كالتزام الطبيب فإن عبء اثبات عدم بذل العناية يقع على المريض وهو الدائن ، فإذا اثبت المريض واقعة ترجح اهمال الطبيب انتقل عبء الاثبات إلى الطبيب[2] .

وفي نطاق الحقوق العينية إذا أثبت شخص ملكيته باثبات عقد بيع مسجل نقل إليه هذه الملكية ، فعلى من يدعي خلاف ذلك كمن يدعي أنه اكتسب هذه الملكية بالتقادم يقع عبء اثبات ما يدعيه[3] . ومن هذا القبيل أيضاً ما قضت به محكمة النقض من أن على المدعي اثبات ما يدعيه من اخطار مصلحة الضرائب بالتنازل له عن المنشأة[4] .

٣٣ — الأصل هو ما قام عليه الدليل فرضاً — القرائن القانونية :

القرينة القانونية هي اعتبار واقعة معينة ثابتة بحكم القانون بمجرد ثبوت واقعة أخرى غيرها . فالقرينة القانونية لا تعفي من تقررت لمصلحته من عبء الاثبات بصفة نهائية ولكنها تنقل هذا العبء من الواقعة الأصلية المطلوب اثباتها إلى واقعة أخرى بديلة . ونقل محل الاثبات على هذا النحو من شأنه تخفيف عبئه لأن الواقعة البديلة

---

(١) قضت محكمة النقض بانه في الالتزام بتحقيق نتيجة ايجابية يقع عبء اثبات تحقق هذه النتيجة على عاتق المدين وما على الدائن الا ان يثبت الالتزام . نقض ١٩٦٩/٦/١٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٠ ، ص ٩٢٩ ؛ راجع بودان وبيو ، ج ٩ ، فقرة ١١٦٣ ، ص ٢٢٥ .

(٢) نقض ١٩٦٩/٦/٢٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٠ ، ص ١٠٧٥ .

(٣) نقض ١٩٦٥/١٠/٢٨ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٦ ، ص ٩٢٩ .

(٤) نقض ١٩٥٣/٦/١٨ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٨ ، فقرة ١٢ .

تكون أسهل فى الاثبات من الواقعة الأصلية[١].

والقرينة القانونية قد تكون قاطعة لا تقبل اثبات العكس. وقد تكون بسيطة تقبل اثبات العكس. فإذا كانت القرينة قاطعة فإنها تكون بعد أن نقلت محل الاثبات إلى واقعة يسهل اثباتها قد أعفت من تقررت لمصلحته من الدخول فى معركة تبادل أدلة الاثبات مع خصمه ويكون المستفيد من هذه القرينة قد اثبت حقه بمجرد اثبات الواقعة البديلة دون أن يضطر إلى القيام بأى مجهود آخر.

ويقال عادة أن القرينة القاطعة تعفى من تقررت لمصلحته من عبء الاثبات[٢]. ولكن هذا القول غير صحيح على اطلاقه، ولكن الصحيح هو أن القرينة القاطعة تنقل محل الاثبات إلى واقعة بديلة يسهل اثباتها ثم تمنع الخصم من اثبات عكس هذه القرينة. فهى بذلك تخفف عبء الاثبات إلى درجة كبيرة وهى درجة تكاد تقترب من الاعفاء ولكنها لا تصل إليه لأنه يجب دائماً اثبات الواقعة البديلة.

ويقال أيضاً أن القرينة البسيطة تؤدى إلى نقل عبء الاثبات. وهذا القول غير صحيح على اطلاقه أيضاً لأن القرينة البسيطة كالقرينة القاطعة لا تعفى من تقررت لمصلحته من عبء اثبات الواقعة البديلة، ولا تنقل عبء الاثبات إلى الطرف الآخر إلا إذا قام من تقررت هذه القرينة لمصلحته باثبات الواقعة البديلة أولا[٣].

فالقرينة البسيطة تؤدى أيضاً إلى تخفيف عبء الاثبات بنقل محله إلى الواقعة البديلة التى يسهل اثباتها، ولكنها لا تعفى من تقررت لمصلحته من الدخول فى معركة تبادل الأدلة، إذا ما اثبت الخصم الآخر عكس ما يستفاد من هذه القرينة.

---

(١) راجع ما سبق فقرة ١٤.

(٢) مازو وريتو، ج ١، فقرة ٥٠٢، ص ٣٤٨ وما بعدها.

(٣) بودان وبيو، ج ٩، فقرة ٥١٠، ص ٢٢٧ : قارن وقارب : عبد الرزاق السنهورى، ج ٢، ص ٧٥ هامش ١.

وكما هو واضح فإن تخفيف عبء الاثبات فى القرينة البسيطة أقل منه فى القرينة القاطعة [١] .

ومن أمثلة القرينة القانونية القاطعة ما يقـرره المشرع من مسئولية حارس الحيوان عن الحيوان (م ١٧٦ مدنى) ،

، ومسئولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة (م ١٧٨ مدنى) . ومسئولية كل هؤلاء تقوم على أساس الخطأ المفترض فى الحراسة . والخطأ هنا هو الواقعة الأصيلة . وهذه لايطالب من المضرور اثباتها ، ولكنها تعتبر ثابتة إذا ثبتت الواقعة البديلة وهى كون المدعى عليه حارسا بالمعنى الذى يقصده القانون لشىء من هذه الأشياء التى نتج عنها الضرر. فاثبات الحراسة وهى الواقعة البديلة يؤدى إلى اثبات الخطأ وهو الواقعة الأصيلة. وفى نفس الوقت فإن هذه القرينة قاطعة إذ لا يجوز للحارس أن يدفع مسئوليته باثبات عدم وقوع خطأ منه فى الحراسة ، لأن الخطأ مفترض فى جانبه بحكم القانون افتراضا لا يقبل اثبات العكس [٢] .

ومن أمثلة القرينة القانونية البسيطة ماتنص عليه المادة ٩١٧ من القانون المدنى من أنه « إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى مابعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليـل يخالف ذلك » . وطبقاً لهذه القرينة فإنه لايشترط اثبات الواقعة الأصيلة وهى أن التصرف فى حقيقته مضاف إلى ما بعد الموت وليس منجزاً ، ولكنه يكتفى فقط باثبات الواقعة البديلة وهى

---

(١) يقال فى بعض الاحيان ان القرينة القانونية القاطعة . ليست دليلا من ادلة الاثبات ، ولكنها قاعدة موضوعية . وسنعرض لهذه المسألة عند دراستنا لقرائن القانونية فى المكان المخصص لها .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٧٤ .

أن المتصرف إليه هو أحد ورثة المتصرف ، وأن هذا الأخير قد احتفظ بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته[1] . فإذا ثبتت هذه الواقعة البديلة ، اعتبرت الواقعة الأصلية ثابتة فرضاً بحكم القانون[2] . ومع ذلك فإن ثبوت الواقعة الأصلية هنا بمقتضى القانون ليس قاطعاً إذ يجوز للطرف الآخر أن يثبت أن التصرف هو فى حقيقته تصرف منجز وغير مضاف إلى ما بعد الموت ، كما لو اثبت أنه دفع ثمناً كاملا للشىء المتصرف فيه . أو اثبت أن حيازة المورث لم تكن لحساب نفسه ، بل على سبيل الوكالة لحساب الوارث المتصرف إليه[3] .

ويتضح مما سبق أنه إذا توافرت شروط القرينة القانونيـــة ، أى إذا ثبتت الواقعة البديلة ، فإن القانون يعتبر الواقعة الأصلية ثابتة فرضاً . والثابت فرضاً كالثابت فعلا يعتبر أصلا لا حاجة إلى إقامة دليل عليه ولا يقع عبء اثباته على من يتمسك به .

٢٤ – المبدأ العام فيمن يقع عليه عبء الاثبات :

سبق أن رأينا ان عبء الاثبات يقع على من يدعى خلاف الأصل . ورأينا لهذه الفكرة تطبيقات مختلفة . فالأصل فى الالتزامات هو براءة الذمة . والأصل

---

(١) انظر فى القاء عبء اثبات توافر شروط القرينة على الوارث – اى عبء اثبات الواقعة البديلة : نقض ٢٥/٤/١٩٦٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٤ ، ص ٥٧٩ ؛ نقض ٢٤/٦/١٩٦٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ٨٠٨ ؛ نقض ٢٥/١٠/١٩٦٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ١٥٨٢ ؛ نقض ٢٩/١١/١٩٦٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ١٧٣٥ ؛ نقض ١٩/١٢/١٩٦٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ١٨٨٥ ؛ نقض ٣٠/٤/١٩٧٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٧٣٥ .

(٢) نقض ١٤/٥/١٩٦٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ٦٧٣ ؛ نقض ٢٢/٤/١٩٦٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ٦٤٩ ؛ نقض ١٦/٦/١٩٧٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ١٠٦١ .

(٣) نقض ٢٥/٤/١٩٦٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٤ ، ص ٥٧٩ ؛ نقض ١٩/١٢/١٩٦٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ١٨٨٥ .

فى الانسان عدم العلم أى حسن النية .والأصل فى الحقوق العينية هو الأمر الواقع، والأصل هو ما يتفق مع مقتضى المبادىء العامة . والأصل هو الظاهر ، والأصل هو الثابت فعلا ، والأصل هو الثابت فرضاً .

وقد حاول الدكتور عبد الرازق السنهورى تقسيم هذه التطبيقات إلى قسمين، الأول هو الثابت فعلا ، والثانى هو الثابت حكما وتدخل فى القسم الثانى معظم التطبيقات الأخرى المشار إليها . واستخلص من ذلك قاعدة عامة هى أن عبء الاثبات يقع على عاتق من يدعى خلاف الثابت حكما أو فعلا [1]

والقاعدة المذكورة تتميز بالايجاز والوضوح وسلامة المنطق . ومع ذلك فهى لا تكشف بذاتها عن المقصود بالثابت حكما ، ولابد فى فهم ذلك من الرجوع إلى التحليل الفقهى الذى انتهى إلى صياغة هذه القاعدة . فالقاعدة بمفردها لا تكفى ازاء واقعة معينة من معرفة ما إذا كانت هذه الواقعة ثابتة حكما فلا تجب اثباتها ، أم أنها غير ثابتة حكما فيقع عبء اثباتها على من يتمسك بها . وهى لهذا لاتعدو أن تكون تعبيراً جديداً لقاعدة أن عبء الاثبات يقع على من يدعى خلاف الأصل . وكل من هذين التعبيرين يتميز بالايجاز والوضوح والمنطق ، ولكن لايكفى أى منهما فى ذاته فى تقديم الحلول العملية للمشاكل الواقعية غير المتناهية والتى تثور بصدد من يقع عليه عبء الاثبات . بل لابد من الرجوع بصدد كل حالة واقعية إلى التطبيقات المختلفة السابق دراستها بقصد ادخال الواقعة المعروضة فى نطاق إحدى هذه التطبيقات ، وربما لا يجدى ذلك أيضاً .

ومع ذلك ، فلا ينبغى أن يغيب عن النظر ان القاء عبء الاثبات على من يدعى خلاف الأصل ، مع التطبيقات المختلفة لهذه القاعدة ، وهى التطبيقات السابق

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٧٧ .

دراستها ، إنما يرجع إلى فكرة جوهرية هي الأساس النظرى للقاعدة وتطبيقاتها على السواء .

ومؤدى هذه الفكرة أن الأصل هو الشيء الأقرب إلى التصديق ، وفقاً لما يتقبله العقل ، وما يستسيغه المنطق . وقد سبق أن ذكرنا أن نظرية الإثبات تقوم كلها على أساس فكرة الاحتمال الراجح probabilité ou vraisemblance [1] فإذا كان الاحتمال الراجح فى جانب أحد الخصمين ، فإن الأصل يكون فى جانبه أيضاً ولا يقع عليه عبء اثبات ما يتمسك به ، بل يكون على خصمه الذى يدعى عكس الراجح أن يثبت ما يدعيه .

فإذا اثبت الخصم ما ينقض الاحتمال الراجح الذى كان ثابتاً فى بادىء الأمر لخصمه ، أصبح هذا الخصم مطالباً بأن يثبت مرة أخرى أن الاحتمال الراجح فى جانبه هو . وهكذا يتبادل الخصمان عبء الاثبات طبقاً لفكرة الاحتمال الراجح المذكورة [2] .

وفى جميع الأحوال فإن الخصم الذى يقع عليه عبء الاثبات ، أى الذى يقع عليه نفى الاحتمال الراجح فى جانب خصمه ، لا يطلب منه أن ينفى هذا الاحتمال نفياً قاطعاً ، أى لا يطلب منه اثبات ما يدعيه هو اثباتاً يقينياً . فاليقين المطلق لا وجود له فى نظرية الاثبات . فلا هو مطلوب للاعفاء من عبء الاثبات ، ولا هو مطلوب لنقل عبء الاثبات إلى الطرف الآخر ، ولا هو مطلوب للحكم فى النزاع [3] .

---

(١) راجع ما سبق ، فقرة ١٤ ؛ وراجع كذلك : مارتى ورينو ، ج ١ ، ص ٢٤٧ ؛ اوبرى ورو وبارتان ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ، هامش ١٠ مكرر ؛ بودان وبيرو ، ج ٩ ، ص ٢١٤ .

(٢) مارتى ورينو ، ج ٢ ، ص ٢٤٧ .

(٣) أوبرى ورو ، ج ٢ ، رقم ٧٤٩ ، هامش ١٠ مكرر ؛ بودان وبيرو ، ج ٩ ، ص ٢١٤ .

ويتضح من ذلك ان إلقاء عبء الاثبات على عاتق أحد الخصمين ، هو رغم أهميته ، لايؤدى إلى تحميل الخصم بعبء ينوء عنه ، بل يؤدى فقط إلى تحميله بواجب التشكيك فى صدق الواقعة التى بدت راجحة فى الأصل، مع محاولة ترجيح الواقعة التى يتمسك بها هذا الخصم والتى لم تكن راجحة فى الأصل . فإذا هو فعل ذلك انتقل عبء الاثبات إلى خصمه[1]. وتطبيقاً لنفس الفكرة فإن من يقع عليه عبء الإثبات لايكلف باثبات الواقعة التى يدعيها واثبات عدم وجود واقعة أخرى تكذبها ، فمثل هذا العبء لايمكن تحمله ولايمكن تحديد مداه ؛ بل يكفى أن يثبت الخصم صحة الواقعة التى يتمسك بها ، وعلى خصمه إذا شاء ، أن يثبت وجود واقعة أخرى تكذب هذه الواقعة[2].

ونخلص من كل ذلك إلى أن المبدأ العام الذى يصلح للتطبيق على كل الحالات غير المحدودة وغير المتناهية هو أن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعى خلاف الراجح عقلا . فإذا أردنا أن نعبر عن هذه القاعدة تعبيراً فنياً ، قلنا أن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعى خلاف الأصل . فإذا أردنا أن نعطى تطبيقات خاصة لهذه القاعدة قلنا ان الأصل فى الالتزامات هو براءة الذمة وان الأصل فى الحقوق العينية هو الأمر الواقع ، وأن الأصل هو ما قام عليه الدليل فعلا أو فرضاً .. . الخ .

وكل هذه التطبيقات الأساسية وما يتفرع عنها من تطبيقات غير محدودة مردها إلى مبدأ عام هو أن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعى خلاف الأصل أى يدعى خلاف الراجح عقلا .

(١) انسيكلوبيدى دالوز ، ج ٤ ، ص ١٠٣ ، فقرة ١٢ .

(٢) أوبرى ورو ، ج ١٢ ، رقم ٧٤٩ ص ٨٤ وما بعدها ؛ بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٢٠ ، ص ٨٤٥ وما بعدها ، وراجع الجدل الذى اثاره بارتان حول ما قاله اوبرى ورو ، بصدد العناصر التى يجب على المدعى اثباتها ، وتلك التى لا يجب عليه اثباتها : بارتان على اوبرى ورو ، ج ١٢ ، ص ٧٤٩ ، ص ٨٤ وما بعدها .

٣٥ - نقل عبء الاثبات بمقتضى الاتفاق :

من المقرر أن قواعد الإثبات بحسب الأصل لا تتعلق بالنظام العام[١]. وبصفة خاصة فإن القواعد المتعلقة بمن يقع عليه عبء الإثبات لا تتعلق بالنظام العام ، بل يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، سواء تم ذلك قبل النزاع أو فى أثنائه ، وسواء تم ذلك بطريقة صريحة أم بطريقة ضمنية مستفادة من مجرد تطوع أحد الخصوم باثبات ما لا يقع عليه عبء اثباته .

وقد قضت محكمة النقض بأن « القواعد التى تبين على أى خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام ويجوز للخصم الذى لم يكن مكلفاً فى الأصل بحمل عبء اثبات واقعة معينة أن يتطوع لاثباتها بطلب احالة الدعوى إلى التحقيق من أجلها ، فإذا أجابته المحكمة إلى طلبه امتنع عليه أن يحتج بأنه لم يكن مكلفاً قانوناً بالإثبات وذلك على أساس ان تقدمه بهذا الطلب وسكوت خصمه عنه يعد بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات إليه »[٢]. وقد صدر هذا الحكم بصدد القرينة القانونية المستفادة من المادة ٩١٧ من القانون المدنى الخاصة باعتبار تصرف المورث إلى أحد ورثته مع احتفاظه بحيازة الشيء والحق فى الانتفاع به مدى حياته ، فى حكم الوصية .

ويلاحظ أن عدم تعلق قواعد عبء الاثبات بالنظام العام ، هو حق للخصوم وحدهم ، وليس للقاضى الذى لا يجوز له أن ينقل من تلقاء نفسه عب الاثبات من الشخص المكلف به إلى خصمه[٣] .

وبذلك نكون قد انتهينا من الفصل الخاص بعبء الاثبات ، وننتقل الآن إلى دراسة طرق الاثبات .

---

(١) راجع فى هذا الموضوع : LE BALLE ، رسالة ، باريس ، ١٩٢٣ ؛ LESCIOREANO رسالة ، باريس ١٩٣٠ .

(٢) نقض ٢٩/١١/١٩٦٦ ، مجموعة المكتب الفنى س ١٧ ، ص ١٧٣٥ ؛ وفى نفس المعنى ؛ نقض ٢٦/١١/١٩٥٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٥ ، ص ٢٠٣

(٣) بودان وبيرو ، ج ٩ ، ص ٢٣٧ .

الفصل الرابع
طرق الإثبات

٣٦ – فكرة عامة

طرق الإثبات هى الوسائل التى يلجأ إليها الخصوم لاقناع القاضى بصحة الوقائع التى يدعونها . وقد نظم المشرع فى قانون الإثبات ، سبعة طرق للاثبات ، فى سبعة أبواب ، ابتداء من الباب الثانى إلى الباب الثامن من القانون المذكور . وهذه الطرق هى بترتيب ورودها فى القانون : الكتابة ، والشهادة أو البينة ، والقرائن ، والاقرار ، واليمين ، والمعاينة ، والخبرة . والكتابة هى أقوى طرق الإثبات . وهى تصلح لإثبات جميع الوقائع سواء كانت تصرفات قانونية أو وقائع مادية . ولكن القانون لايشترطها الا بصدد التصرفات القانونية لأنه عند ابرام التصرف يمكن اعداد الدليل الكتابى عليه ، وهو مايسمى بالدليل المهيأ أو الدليل المعد Preuve préconstituée والقانون لايشترط الكتابة فى كل التصرفات القانونية ، بل فى التصرفات التى تزيد قيمتها على عشرين جنيهاً وذلك منعاً لارهاق الناس فى معاملاتهم ذات القيمة المحدودة . والكتابة لها قوة مطلقة فى الإثبات ، فلا يجوز اثبات عكسها الا بكتابة أخرى مثلها ، أو عن طريق الطعن فيها بالانكار أو التزوير[1] .

أما الشهادة أو البينة فقد كانت وسيلة الاثبات الأولى فى المجتمعات القديمة ، حيث كانت الأمية شائعة وكان يصعب بالتالى اعداد أدلة كتابية للإثبات . ولا زالت للشهادة أهميتها حتى الآن فى المعاملات التجارية مراعاة للسرعة والثقة فى هذه المعاملات . ولكن لاشك أن قوة الشهادة فى الاثبات أضعف من قوة الكتابة ،

---

(١) راجع المواد من ٣ الى ٥٩ من قانون الاثبات .

لأن الشاهد قد تختلط عليه الأمور التى رآها أو سمعها ، وقد تخونه الذاكرة ، بل وقد يعمد إلى الكذب . ولذلك فإن القانون لا يقبل الاثبات بالشهادة فى التصرفات القانونية المدنية إلا إذا لم تجاوز قيمتها عشرين جنيهاً . أما بالنسبة للوقائع المادية وهى لا يتصور بصددها اعداد دليل كتابى مقدماً ، فإن المشرع يقبل فيها الإثبات بالشهادة مراعاة لهذه الضرورة [١] . ومع ذلك فهو يحيط الإثبات بالشهادة بكل الضمانات الممكنة . فينظم اجراءات سماع الشهود [٢] ، ويعاقب على الشهادة بالزور ، ويعطى للقاضى سلطة تقديرية فى الأخذ بالشهادة أو عدم الأخذ بها .

أما القرائن فهى طريق غير مباشر من طرق الإثبات . والقرينة هى اعتبار الواقعة الأصلية المطلوب اثباتها ، قد ثبتت من مجرد اثبات واقعة أخرى بديلة [٣] . وتظهر فائدة القرينة فى أن الواقعة البديلة يسهل اثباتها عادة ، بينما الواقعة الأصلية تكون عسيرة الاثبات . والقرائن من نوعين فهى إما قانونية أو قضائية . والقرينة القانونية هى التى نص عليها القانون . أما القرينة القضائية فهى التى يقررها القاضى . والقرينة القانونية قد تقبل اثبات العكس فتكون قرينة بسيطة ، وقد لا تقبل اثبات العكس فتكون قاطعة . أما القرائن القضائية فهى دائماً قرائن بسيطة تقبل اثبات العكس . وقوة القرائن القانونية فى الاثبات تتحدد بمقتضى النص القانونى الذى يقررها . أما القرائن القضائية فهى لا تقبل إلا فى الحالات التى يجوز فيها الاثبات بالشهادة ، لأنها تقوم على استنباط عقلى يحتاج إلى دقة ، وهى بذلك لا تحقق درجة كبيرة من الاطمئنان .

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٢٥ ، ص ٨٥٤ .

(٢) راجع المواد من ٦٤ الى ١٠٢ من قانون الاثبات .

(٣) القرينة القانونية لا تعفى من الاثبات ، ولكنها تنقل محله من الواقعة الاصلية الى الواقعة البديلة . راجع ما سبق ، فقرة ٣٢ .

أما الاقرار فهو ليس طريقاً من طرق الاثبات ، ولكنه يؤدى فقط إلى الاعفاء من الاثبات، لأنه بمجرد الاقرار تصبح الواقعة المطلوب اثباتها غير متنازع فيها ، ومثل هذه الواقعة لا تكون محلا للإثبات .

والاقرار يغنى عن الاثبات ، سواء بالنسبة للتصرفات القانونية أو الوقائع المادية . والاقرار لا يؤدى إلى يقين كامل شأنه فى ذلك شأن كل أدلة الاثبات ، لأن الشخص قد يكذب فى اقراره الحاقاً للضرر بغيره أو توقياً لضرر أكبر قد يلحق به . ولذلك فإن الاقرار لا يكون حجة الا على المقر وحده . وقد نظم قانون الاثبات اجراءات الاقرار فيما يتعلق باستجواب الخصوم ، واستدعائهم شخصياً أمام القاضى[1] .

أما اليمين فهو أن يحتكم الخصم الذى يعوزه دليل الاثبات إلى ذمة خصمه . فإذا حلف الخصم اليمين فيكون قد كسب الدعوى بدليل اصطنعه بنفسه على خلاف الأصل ولكن بموافقة الخصم الذى وجه إليه اليمين[2] . أما إذا نكل عن اليمين فهو يكون قد خسر الدعوى ،ويكون النكول فى هذه الحالة فى حكم الاقرار ، فلا يعتبر طريقاً للاثبات ، بل وسيلة للاعفاء منه . ويلاحظ أن من يوجه إليه اليمين يجوز أن يردها إلى خصمه الذى وجهها ، ويكون على هذا الخصم أن يحلف هو اليمين أو أن ينكل عنها . واليمين من طرق الاثبات التى يجوز استخدامها بالنسبة للتصرفات القانونية والوقائع المادية على السواء . وإذا لجأ الخصم إلى اليمين كطريق من طرق الاثبات ، فلا يجوز له العدول عن اليمين إلى غيرها من الطرق[3] .

أما المعاينة كطريق من طرق الاثبات فهى انتقال المحكمة إلى مكان الواقعة

---

(١) راجع المواد من ١٠٥ الى ١١٣ من قانون الاثبات

(٢) راجع ما سبق ، فقرة ١٠ .

(٣) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٩٣ ، هامش ١ .

المطلوب اثباتها سواء تعلق الأمر بعقار أو منقول ، أو تعلق بالاطلاع على أوراق معينة . وتعتبر الخبرة نوعاً من المعاينة الفنية يقوم بها الخبراء . وللمحكمة سلطة تقديرية فى قبول طلب الانتقال للمعاينة أو طلب انتداب خبير ، ولها أن ترفض هذا الطلب إذا وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها [1] .وفى بعض الحالات يكون الانتقال للمعاينة قبل حدوث أى نزاع فعلا وذلك لاثبات واقعة يخشى ضياع معالمها ويحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء (م ١٣٣ ، م ١٣٤ من قانون الاثبات)[2] .

هذه هى طرق الاثبات التى سندرسها بالتفصيل فى الأبواب التالية من هذا الكتاب . وندرس الآن مدى تعلق هذه الطرق بالنظام العام .

٣٧ — مدى تعلق طرق الاثبات بالنظام العام :

من المتفق عليه أن بعض قواعد الاثبات تتعلق بالنظام العام . ومن هذا القبيل قاعدة حق الخصوم فى الاثبات وفى تبادل أدلة الاثبات، وعدم جواز تنازل القاضى عن وظيفته لخبير أو لحكم ، وعدم جواز انكار ورقة رسمية إلا بطريق الطعن فيها بالتزوير . وكذلك لا يجوز الاتفاق على تعديل طرق الاثبات الخاصة بالحالة المدنية للشخص كالميلاد والزواج والوفاة [3] .

وفيما عدا هذه القواعد التى تتعلق بالنظام القضائى ولا يختلف أحد فى تعلقها بالنظام العام ، وبالتالى لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، فإن سائر قواعد الاثبات

(١) نقض ١٦/٤/١٩٧٠ ' مجموعة المكتب الفنى ' س ٢١ ' ص ٦٥٣ .

(٢) نظم المشرع اجراءات الاثبات عن طريق المعاينة والخبرة فى المواد من ١٣١ الى ١٦٢ من قانون الاثبات .

(٣) بودان وبيرو ' جـ ٩ ' فقرة ١١٥٣ ' ص ٣٢٣ ؛ مارتى ورينو ' جـ ١ ' فقرة ٢٢٤ ' ص ٣٥٨ .

الأخرى لا تتعلق بالنظام العام حسب الرأى الذى أخذ به القضاء الفرنسى والمصرى، والذى رجح أخيراً فى الفقه الفرنسى وأخذ به الفقه المصرى فى مجموعه .

وقد ذهب اتجاه فى الفقه الفرنسى إلى عــدم اجازة الاتفاقات المعدلة لطرق الاثبات ، أو الناقلة لعبء الاثبات ، أو الواقعة المطلوب اثباتها . ونقطة البداية فى هذا الاتجاه أن العدالة كفت عن أن تكون نظاماً عقدياً يجوز التعديل فيه باتفاق الخصوم ، وإنما هى نظام اجتماعى تعلو فيه المصلحة العامة على مصلحة الأفــراد الخاصة ، فكما يقول اهرنج : « العدالة تعلو على الحرية »[1] .

وقد ذهب فريق آخر من الفقه الفرنسى إلى ابطال الاتفاقات المعدلة لطرق الاثبات أو المعدلة لقوة هذه الطرق ، مع اجازة الاتفاقات المعدلة لمن يقع عليه عبء الاثبات ، أو المعدلة للواقعة المطلوب اثباتها [2] .

ومع ذلك فإن القضاء الفرنسى ذهب إلى أن قواعد الاثبات لا تتعلق بالنظام العام فى مجموعها ، وذلك باستثناء القواعد القليلة التى لا يتطرق الشك إلى تعلقها بالنظام العام ، وهى القواعد السابق ذكرها فى بداية هذه الفقرة . واتجاه القضاء الفرنسى يقوم على اعتبارات عملية ، ويستند فى نفس الوقت إلى حجتين ، الأولى هى أن قواعد الاثبات لها طبيعة خاصة لأنها تتعلق بحقوق الأفراد الخاصة ، وإذا جاز للأفراد أن يتنازلوا عن حقوقهم أو يعدلوا فيها فيجوز لهم من باب أولى أن يعدلوا فى طرق الاثبات المتعلقة بها ، لأن الدليل لا يسمو على الحــق ذاته[3] .

---

(١) راجع فى هذا الموضوع LE BALLE ' رسالة فى الاتفاقات الخاصة بطرق الاثبات فى القانون المدنى ' باريس ، ١٩٢٣ .

(٢) Sescioreano ' الرسالة السابق الاشارة اليها ' ص ٢٨ ؛ Summer Maine ' دراسات فى تاريخ القانون ' نظرية الاثبات ' ص ٣٣٣ وما بعدها ' مشار اليها فى : بودان وبيرو ' ج ٩ ' فقرة ١١٥٤ ، ص ٢٢٤ .

(٣) بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٥٥ ، ص ٢٢٥ ؛ بلانيول وريبير وجابولد ج ٧ ، فقرة ١٤٢٨ ' ص ٨٥٦ ؛ مارتى ورينو ، ج ١ ' فقرة ٢٢٤ ؛ ص ٨٥٦ .

والحجة الثانية هى أنه طبقاً لمبدأ حياد القاضى يجوز للخصوم أن يتفقوا على الطريقة التى يعرضون بها نزاعهم أمامه [١].

وقد أخذ القضاء المصرى باتجاه القضاء الفرنسى ، وزاد على ذلك بأن عبر صراحة عن أن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام . وقد سبق أن ذكرنا أن قاعدة من يقع عليه عبء الإثبات لا تتعلق بالنظام العام ويجوز الاتفاق على ما يخالفها صراحة أو ضمناً [٢].

وكذلك تواترت أحكام النقض على صحة الاتفاق على الإثبات بالبينة ، ولو كان القانون يشترط الكتابة للاثبات . ويجوز أن يتم هذا الاتفاق صراحة ، أو يستخلص ضمنا من عدم اعتراض الخصم على ماطلبه خصمه من احالة النزاع للتحقيق للاستماع إلى الشهود [٣].

ومن ناحية أخرى لا يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بقيام المانع الأدبى من الحصول على سند كتابى مما يجيز الإثبات بالبينة إذا لم يكن صاحب المصلحة قد تمسك بذلك أمامها [٤].

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٢ ، فقرة ١٤٢٨ ؛ ص ٨٥٦ .

(٢) نقض ١٩٦٦/١١/٢٩ ، مجموعة المكتب الفنى ؛ س ١٧ ، ص ١٧٢٥ ؛ نقض ١٩٥٣/١١/٢٦ ، مجموعة المكتب الفنى س ٥ ، ص ٢٠٣ ؛ راجع ما سبق : فقرة ٣٥ .

(٣) نقض ١٩٣٨/٤/٧ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٧ ، فقرة ٤٤٠ ؛ نقض ١٩٥٥/٢/١٠ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٧ ، فقرة ٤٤١ ؛ نقض ١٩٥٥/٤/١٤ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٨ ؛ فقرة ٤٤٢ ؛ نقض ١٩٥٠/١٢/٢٨ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٨٨ ، فقرة ٤٤٣ ؛ نقض ١٩٦٣/١٢/١٩ ؛ مجموعة المكتب الفنى ، س ١٤ ، ص ١١٧٣ ؛ نقض ١٩٦٢/١١/١٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٣ ، ص ١٠٣١ ؛ نقض ١٩٦٥/١٢/٣٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ١٣٨٤ : نقض ١٠٦٧,٥/٢٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ١١٠٢ .

(٤) نقض ١٩٥٥/٦/٢ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ج ١ ، ص ٨٨ ، فقرة ٤٤٤ .

ويذهب الفقه المصرى فى مجموعه إلى تأييد القضاء فى أن قواعد الإثبات لا تتعلق بحسب الأصل بالنظام العام[1]. وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الاتجاه أيضاً بنصه فى المادة ١/٦٠ من قانون الإثبات على أنه لا يجوز الإثبات بالشهادة فيما تجاوز قيمته عشرين جنيهاً « ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ». وسندرس هذا الحكم بالتفصيل فى الباب الخاص بشهادة الشهود[2].

٣٨ — رقابة محكمة النقض بشأن طرق الاثبات :

نظام الإثبات المعمول به فى مصر هو نظام قانونى ، وضع فيه المشرع طرق الإثبات المختلفة وحدد قيمة كل منها[3]. ويترتب على ذلك أن تطبيق القاضى لهذه الطرق هو مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، فلا يجوز للقاضى أن يستدل على صحة الواقعة عن طريق غير الطريق الذى حدده القانون ، ولا يجوز له أن يعطى لوسيلة من وسائل الإثبات قوة ليست لها ، أو يعطيها قوة أقل مما لها . ومع ذلك فترد على هذه القاعدة عدة ملاحظات :-

(١) نظراً لأن طرق الإثبات لا تتعلق بالنظام العام ، بحسب الأصل ، كما ذكرنا فى الفقرة السابقة . فإنه لا يجوز للخصم الذى لم يعترض على التجاء الخصم الآخر إلى طريق للاثبات غير الطريق المعين له أصلا ، أن يتمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض. وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بعدم جواز اثبات العقد بالبينة مع تنفيذه حكم الاحالة إلى التحقيق وعدم نعيه عليه ، يعتبر قبولا للاثبات بالبينة . وبالتالى لا يجوز التحدى بذلك لأول مرة

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٩٤ ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، ص ٢١ ؛ قارن : جلال العدوى ، مبادىء الاثبات ، ١٩٦٨ ، ص ٣٤ .

(٢) كان نص الحكم مقررا بمقتضى المادة ٤٠٠ من القانون المدنى .

(٣) راجع ما سبق ، فقرة ٢ .

أمام محكمة النقض[١]. وقضت بأن عدم تمسك المستأنف أمام محكمة الاستئناف بعدم جواز الاثبات بالبينة يعتبر قبولا للإثبات بغير الكتابة، وبالتالى لا يجوز له التحدى بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض[٢]. وقضت بأن عدم تمسك الطاعنة أمام محكمة الموضوع بعدم جواز اثبات صورية تخص البائع بالبينة يترتب عليه عدم قبول الطعن على الحكم بطريق النقض استناداً إلى أنه خالف قواعد الاثبات[٣].

(٢) بعض طرق الإثبات تخضع بحسب طبيعتها للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فيما يتعلق بتقدير قيمتها وما يمكن استخلاصه منها. ومن هذا القبيل شهادة الشهود التى يستقل القاضى وحده بتقدير ما يمكن تصديقه منها وما ينبغى اطراحه[٤]. ومن هذا القبيل أيضاً القرائن القضائية التى تقوم على عمل عقلى يقوم به القاضى نفسه. فالقاضى هو الذى يقرر ويستخلص وجود القرينة القضائية على أساس وقائع أخرى موجودة فى الدعوى[٥].

(٣) كل طرق الإثبات تخضع لما يسمى بسلطة محكمة الموضوع فى تقدير الدليل. وقد قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى وزن الأدلة وتقدير كفايتها أو عدم كفايتها دون أن يكون لمحكمة النقض رقابة عليها

---

(١) نقض ٢٥/٥/١٩٦٧، طعن رقم ٦٠ لسنة ٣٤ ق، مجموعة المكتب الفنى، س ١٨، ص ١١٣٥؛ نقض ٣٠/١٢/١٩٦٥، مجموعة المكتب الفنى، س ١٦، ص ١٣٨٤.

(٢) نقض ٢٥/٥/١٩٦٧، طعن رقم ٣١٠ لسنة ٣١ ق، مجموعة المكتب الفنى، س ١٨، ص ١١٠٢؛ نقض ١٩/١/١٩٥٦، مجموعة المكتب الفنى، س ٧، ص ١٠١؛ نقض ١٠/٢/١٩٥٥، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، جـ ١، ص ٨٧، فقرة ٤٤١.

(٣) نقض ٢٨/١٢/١٩٥٠، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، جـ١، ص ٨٨، فقرة ٣: ٤.

(٤) نقض ٢٨/١٢/١٩٧٠، مجموعة المكتب الفنى، س ٢١، ص ٤١٧.

(٥) نقض ١٤/١/١٩٦٩، مجموعة المكتب الفنى، س ٢٠، ص ٩٥؛ نقض ١٣/١٢/١٩٦٩، مجموعة المكتب الفنى، س ٢٠، ص ٣١٧؛ نقض ١٧/٦/١٩٦٩، مجموعة المكتب الفنى، س ٢٠، ص ٩٧٩

فى ذلك[١]. وقضت بأنه إذا كان الدليل الذى تأخذ به محكمة الموضوع مما يجيزه القانون فهى صاحبة السلطة فى تقدير قيمته وفى استخلاص النتيجة التى تستتبع لها منه[٢].

وينبغى فى هذا الشأن أن نفرق بين اعطاء الدليل الحجية التى اعطاها له القانون وهذا واجب على القاضى لا يستطيع مخالفته، وبين تفسير الدليل وتحديد معناه وهذا هو مجال السلطة التقديرية لقاضى الموضوع[٣]. وهى سلطة ينبغى أن تراعى فى مباشرتها ما يقضى به العقل وما يستسيغه المنطق.

فالقاضى مقيد بالوقائع الثابتة أمامه فى الدعوى، فهو لا يقضى بعلمه الشخصى ولا يخالف الثابت بأوراق الدعوى. وهو مقيد بالحجية التى اعطاها القانون لأدلة الإثبات المختلفة. وهو مقيد بأن يستنبط من وقائع الدعوى المعنى الذى تؤدى إليه بحسب ما يقبله العقل والمنطق. ولكن الوجه الآخر لهذه القيود هو أن القاضى يملك سلطة تقديرية واسعة فى تقدير وتفسير وتحديد معنى أدلة الإثبات المقدمة فى الدعوى طالما أنه انتهى إلى نتائج سائغة يقبلها العقل[٤].

---

(١) نقض ١٠/٣/١٩٣٢، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، ج ١، ص ٨٤. فقرة ٤٠٩.

(٢) نقض ٣/١١/١٩٣٢، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، ج ١، ص ١٨٤، فقرة ٤١٠.

(٣) نقض ٢٨/١٢/١٩٣٢، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، ج ١، ص ٨٦، فقرة ٤٣٤.

(٤) راجع فى هذا المعنى: أحكام النقض غير ما سبقت الاشارة إليه، نقض ١٩/١١/١٩٣١، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، ج ١، ص ٨٣، فقرة ٤٠٨؛ نقض ١٧/١١/١٩٣٢، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، ج ١، ص ٨٤، فقرة ٤١١؛ نقض ٨/١٢/١٩٣٢، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، ج ١، ص ٨٤، فقرة ٤١٢؛ نقض ١/٣/١٩٣٤، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، ج ١، ص ٨٤، فقرة ٤١٣؛ نقض ١٧/٥/١٩٣٤، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، ج ١، ص ٨٤. فقرة ٤١٤؛ نقض ١٩/١/١٩٣٥، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، ج ١، ص ٨٤، فقرة ٤١٥؛ نقض ٢٣/٥/١٩٣٥، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، ج ٢، ص ١٨٤، فقرة ٤١٦؛ نقض ٢٩/١٢/١٩٣٨، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، ج ١، ص ٨٤، فقرة ٤١٧؛ نقض ٩/٦/١٩٣٨، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، ج ١، ص ٨٤، فقرة ٤١٨؛

٣٩ – تقسيمات طرق الاثبات :

تنقسم طرق الاثبات إلى عـــدة تقسيمات بحسب الزاوية التى ينظر إليها فى

■ نقض ١٠/١١/١٩٣٨ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٨٤ ، فقرة ٤١٩ ؛ نقض ٢٢/٢/١٩٤٠ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٨٤ ، فقرة ٤٢٠ ؛ نقض ١٨/٢/١٩٤٣ ، مجموعــة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٨٥ ، فقرة ٤٢١ ؛ نقض ١٠/١٠/١٩٤٦ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٨٥ ، فقرة ٤٢٣ ؛ نقض ٢٦/١٢/١٩٤٦ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٨٥ ، فقرة ٤٢٤ ؛ نقض ٢٠/١١/١٩٤٧ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٨٥ ، فقرة ٤٢٥ ؛ نقض ١٩/١/١٩٥٠ ، مجموعة القواعـد فى ٢٥ سنـة ، جـ ١ ، ص ٨٥ ، فقرة ٤٢٦ ؛ نقض ٢٧/٤/١٩٥٠ ، مجموعــة القواعد فى ٢٥ سنـة ، جـ ١ ، ص ٨٥ ، فقرة ٤٢٧ ؛ نقض ١٥/٦/١٩٥٠ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٨٥ ، فقرة ٤٢٨ ؛ نقض ٢٨/١٢/١٩٥٠ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٨٥ ، فقرة ٤٢٩ ؛ نقض ١/٢/١٩٥١ ، مجموعــة القواعد فى ٢٥ سنـة ، جـ ١ ، ص ٨٦ ، فقرة ٤٣٠ ؛ نقض ٢٥/١٠/١٩٥١ ، مجموعــة القواعد ، فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٨٦ ، فقرة ٤٣١ ؛ نقض ٢٩/٣/١٩٥١ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٨٦ ، فقرة ٤٣٢ ؛ نقض ٣/١١/١٩٥٥ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٨٦ ، فقرة ٤٣٣ ؛ نقض ٢٢/٣/١٩٤١ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٨٦ ، فقرة ٤٣٥ ؛ نقض ٢/٦/١٩٥٥ ، مجموعــة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٨٧ ، فقرة ٤٣٦ ؛ نقض ١٢/١/١٩٥٦ ، مجموعــة المكتب الفنى ، س ٦ ، ص ٦٤ ؛ نقض ٩/٢/١٩٥٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٧ ، ص ١٦٨ ؛ نقض ٣١/٥/١٩٥٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٧ ، ص ٦٧٢ ؛ نقض ٢٧/١٢/١٩٥٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٧ ، ص ١٠٢٢ ؛ نقض ٢٧/٦/١٩٥٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٨ ، ص ٦٥٣ ؛ نقض ١٩/١٢/١٩٥٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٨ ، ص ٩٣٠ ؛ نقض ١٩/٦/١٩٥٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٩ ، ص ٥٩٧ ؛ نقض ١٥/١٢/١٩٥٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٩ ، ص ٨٢٤ ؛ نقض ١٢/٢/١٩٥٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٠ ، ص ١٦٥ ؛ نقض ٢٦/٣/١٩٥٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٠ ، ص ٢٥٩ ؛ نقض ٢/١/١٩٥٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٠ ، ص ٢٠٣ ؛ نقض ١٠/٦/١٩٦٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ٧٦٠ ؛ نقض ٢/١٢/١٩٦٠ ، مجموعة المكتب الفنى س ١٦ ، ص ٩٥٣ ؛ نقض ١٢/١١/١٩٦٤ ، مجموعة المكتب الفنى س ١٥ ، ص ١٠٤٥ ؛ نقض ٢/١/١٩٦٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٤ ، ص ٢١ ؛ نقض ٢٢/١٠/١٩٤٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ٩٨٧ ؛ ■

التقسيم[1]. فطرق الاثبات قد تكون مباشرة ترد على الواقعة المطلوب اثباتها مباشرة كما فى الكتابة أو الشهادة أو المعاينة والخبرة ، وقد تكون غير مباشرة ترد على واقعة أخرى بديلة غير الواقعة الاصلية ، وذلك طبقاً لما سبق أن درسناه عن نقل محل الاثبات ، ويتحقق ذلك بالنسبة للقرائن وبالنسبة للشهادة فى بعض الاحيان.

وطرق الإثبات قد تكون معدة من قبل وهى ما تسمى بالأدلة المهيأة ، ويكاد ذلك يقتصر على الكتابة وكذلك القرائن القانونية ، أو لا تكون طرق الاثبات معدة من قبل ويصدق ذلك على معظم طرق الاثبات الأخرى التى يجرى اعدادها بعد اشأة الحق كما فى الشهادة والقرائن القضائية والاقرار واليمين والمعاينة والخبرة.

وطرق الاثبات قد تكون لها حجية ملزمة لا تقبل اثبات العكس كما فى القرائن القانونية القاطعة وكما فى اليمين . وقد تكون لها حجية ملزمة تقبل اثبات العكس كما

= نقض ١٨/٢/١٩٦٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س١٦ ، س ١٧٨ ؛ نقض ٢٠/٥/١٩٦٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، س ٥٩٤ ؛ نقض ٢/١/١٩٦٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٤ ، ص ٢١ ؛ نقض ٢٥/٣/١٩٦٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ٣٨٤ ؛ نقض ٣١/١٢/١٩٦٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ص ١٢٧٤ ؛ نقض ٢٨/٥/١٩٦٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ٧٤٢ ؛ نقض ٣١/١٢/١٩٦٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ١٢٨٨ ؛ نقض ٢٣/٣/١٩٦٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ٦٦٦ ؛ نقض ٦/٦/١٩٦٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ٥٥ ؛ نقض ٢٤/٣/١٩٦٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ٦٩٥ ؛ نقض ٢١/١١/١٩٦٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ١٧٢٠ ؛ نقض ٢٢/٤/١٩٧٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٦٧٧ ؛ نقض ٢٨/٤/١٩٧٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٧١٤ ؛ نقض ٣٠/٤/١٩٧٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٧٢٥ ؛ نقض ٣٠/٤/١٩٧٠ ، مجموعة للمكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٧٤٨ ؛ نقض ٣٠/٦/١٩٧٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ١٠٩٢ .

(١) راجع فى هذا الموضوع : بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٢٤ ، فقرة ١٤٢٥ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٩٨ وما بعدها .

فى الكتابة والاقرار . وقد لا تكون لها حجية ملزمة أصلا فى الشهادة والقرائن القضائية .

وطرق الاثبات قد تكون أصلية كافية بذاتها كالكتابة والقرائن القانونية بالنسبة للتصرفات القانونية والوقائع المادية على السواء ، وكذلك الشهادة والقرائن القضائية بالنسبة للوقائع المادية أو التصرفات القانونية التى لا تزيد قيمتها على عشرين جنيهاً . وقد يكون طريق الإثبات أصلياً ولكنه غير كاف بذاته بل لابد من تكملته بدليل آخر ومن ذلك مبدأ الثبوت بالكتابة .

وقد يكون طريق الإثبات تكميلياً كالشهادة والقرائن القضائية واليمين المتممة وذلك بالنسبة للتصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على عشرين جنيهاً إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

وقد تكون طرق الاثبات احتياطية كالاقرار واليمين الحاسمة ، فهذه طرق تغنى عن الإثبات بطريقة احتياطية عندما لا يوجد الدليل الأصلى المفروض تقديمه . وكذلك فإن المعاينة والخبرة من طرق الاثبات الاحتياطية التى لا يلجأ إليها القاضى إذا وجد فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدته .

على أن أهم تقسيم لطرق الاثبات هو تقسيمها من حيث قوتها فى الاثبات إلى طرق ذات قوة مطلقة ولا تدخل فى هذا القسم الا الأدلة الكتابية ، وطرق ذات قوة محدودة ، وهى البينة والقرائن القضائية والمعاينة والخبرة ؛ وإلى طرق معفية من الإثبات وهى الاقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية [1] .

وندرس فيما يلى ، فى خمسة مباحث متتالية ، الأحكام الأساسية فى طرق الاثبات المختلفة .

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ١٠٣ .

المبحث الأول

الإثبات بالكتابة

الورقة المكتوبة إما أن تكون ورقة رسمية أو ورقة عرفية وتختلف قيمة كل منها عن الأخرى فى الإثبات .

١ - الأوراق الرسمية

٤٠ - تعريف الورقة الرسمية :

تنص المادة ١٠ من قانون الاثبات على أن « المحررات الرسمية هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه ، فإذا لم تكسب هذه المحررات صفة رسمية ، فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم » .

وطبقاً لهذا النص يشترط حتى تعتبر الورقة ورقة رسمية عدة شروط هى :

١ - يجب أن يكون الذى حرر الورقة موظف رسمى أو مكلف بخدمة عامة .

٢ - يجب أن تكون ولاية هذا الموظف قائمة وقت تحرير الورقة بأن كان لم يعزل أو ينقل .

٣ - يجب أن يكون تحرير الورقة مما يدخل فى اختصاص وظيفته ، فالقاضى مثلا وظيفته كتابة الأحكام ، ولكن ليس من اختصاصه تحرير العقود ، فهذا اختصاص الموثق طبقاً للقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٨ ، وهكذا .

٤ - يجب أن يتم تحرير الورقة الرسمية طبقاً للأوضاع التى قررها المشرع . ومن هذا القبيل ما قرره القانون بالنسبة للأوراق الرسمية التى يحررها الموثق ، من أن

يوثق المحرر باللغة العربية ، وبخط واضح غير مشتمل على إضافة أو تحشير أو كشط ، وأن يشتمل على البيانات المتعلقة بتاريخ التوثيق وشخص الموثق وأشخاص ذوى الشأن ومكان التوثيق . ويجب أن يوقع الموثق هو وأصحاب الشأن والشهود على المحرر ... الخ .

وإذا لم يتوافر شرط من هذه الشروط فإن الورقة لا تفقد كل قيمة ، بل يكون لها قيمة الورقة العرفية فى الإثبات إذا كانت موقعة من ذوى الشأن أو عليها أختامهم أو بصماتهم .

٤١ - حجية الورقة الرسمية فى الاثبات :

تنص المادة ١١ من قانون الاثبات على أن « المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق الرسمية » . ويتضح من هذا النص أن الورقة الرسمية دليل اثبات قاطع بالنسبة للموقعين عليها وبالنسبة للناس كافة وذلك بمراعاة أحد الشرطين الآتيين : ا - أن يكون مادون فيها يدخل فى حدود مهمة محررها ويشمل ذلك ذكر تاريخ تحرير الورقة ومكان تحريرها وتوقيع الموثق وأصحاب الشأن والشهود وبيان مراعاة الاجراءات التى يتطلبها القانون كقراءة الورقة على أصحاب الشأن قبل توقيعها .

ب - أن يكون ما دون فيها قد صدر من ذوى الشأن تحت سمع الموثق أو بصره سواء كان ذلك قولا أو فعلا . ومن هذا الشأن نص عبارات العقد الذى تم ابرامه أمام الموثق ، أو اعتراف المشترى بأنه تسلم الشىء المبيع واعتراف البائع أنه تسلم الثمن . فإذا كان دفع الثمن قد تم أمام الموثق فإنه يذكر حدوث ذلك أمامه .

فإذا توافر أحد هذين الشرطين كانت الورقة الرسمية حجة بما دون فيها فى مواجهة

الكاملة ، بحيث إذا أراد شخص أن يطعن فى صحة بيان وارد فى هذه الورقة فلا يكون أمامه إلا الطعن فيها بالتزوير .

ولكن يلاحظ أن حجية الورقة الرسمية من ناحية الإثبات لا تتعلق بموضوع التصرف الذى تضمنته الورقة ، من ناحية الشروط الموضوعية لانعقاده . فهذا التصرف يقبل الطعن فيه كأى تصرف آخر بالبطلان أو الصورية أو الفسخ أو الرجوع بحسب الأحوال وطبقاً للقواعد العامة فى نظرية العقد .

ومن ناحية أخرى فإن الورقة الرسمية التى يحررها الموثق المختص بجانب حجيتها فى الإثبات ، فإن لها قوة تنفيذية بحيث لا يحتاج صاحب الحق فيها إلى استصدار حكم بحقه ، بل يقوم مكتب التوثيق بتسليمه صورة من المحرر توضع عليها الصيغة التنفيذية كما توضع على الأحكام ، وهى التى تقرر أنه « يجب على المحضرين المطلوب منهم تنفيذ هذا السند أن يبادروا إلى تنفيذه وعلى النائب العمومى ووكلائه أن يساعدوهم وعلى رؤساء وضباط العساكر ومأمورى الضبط والربط أن يعاونوهم على اجراء التنفيذ واستعمال القوة الجبرية متى طلبت منهم المساعدة والمعاونة بصورة قانونية » . وغنى عن الذكر أن حجية الإثبات أمر مستقل عن قوة التنفيذ. ويلاحظ أن حجية الورقة الرسمية فى الاثبات تنصرف أساساً إلى النسخة الأصلية للورقة الرسمية وهى التى تحمل توقيعات ذوى الشأن والموثق والشهود . أما صور الورقة الرسمية فلها حكم آخر .

٤٢ — حجية صور الورقة الرسمية :

طبقاً لقانون التوثيق فإن النسخة الأصلية للورقة الرسمية يحتفظ بها مكتب التوثيق فى ملفات خاصة ، ويسلم ذوى الشأن صوراً رسمية منها يوقعها الموثق ويذكر فيها أنها مطابقة للأصل . والصورة الرسمية لها حجية فى الإثبات تختلف

بحسب ما إذا كانت النسخة الأصلية موجودة أو غير موجودة .

١ - فإذا كانت النسخة الأصلية موجودة فإنه بحسب نص المادة ١٢ من قانون الاثبات « إذا كان أصل المحرر الرسمى موجوداً فإن صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذى تكون فيه مطابقة للأصل . وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع فى ذلك أحد الطرفين ، وفى هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل » . ويتضح من هذا النص أنه إذا كانت النسخة الأصلية موجودة فإنه لا توجد أية صعوبة فى الرجوع إذا لزم الأمر إلى هذه النسخة .ولذلك فإن صورة الورقة الرسمية تعتبر حجة بالنسبة الكافة ، ما لم ينازع أحد فى مطابقتها الأصل وفى هذه الحالة يرجع للأصل.

٢ - أما إذا كانت النسخة الأصلية غير موجودة ،ولا توجد إلا صورة رسمية منها ، فإن حجية الصورة الرسمية تتوقف على مدى صلتها المباشرة أو غير المباشرة بالنسخة الأصلية ، أى على أساس ما إذا كانت الصورة الرسمية مأخوذة من النسخة الأصلية ذاتها أو مأخوذة عن صورتها أو عن صورة صورتها .

١ - فإذا كانت الصورة الرسمية مأخوذة عن النسخة الأصلية مباشرة.وتسمى فى هذه الحالة بالصورة الرسمية الأصلية، فإن حجيتها تكون هى نفس حجية النسخة الأصلية متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل .

٢ - أما إذا كانت الصورة الرسمية مأخوذة لا عن النسخة الأصلية ولكن عن الصورة الرسمية للنسخة الأصلية ، فإنه تكون لها الحجية ذاتها ولكن يجوز فى هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التى أخذت منها .

٣ - أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف . (راجع المادة ١٣ من قانون الإثبات) .

٢ ـ الأوراق العرفيـة

٤٣ ـ حجية الورقة العرفية على من وقعها :

تنص المادة ١٤ من قانون الإثبات على أن « يعتبر المحرر العرفى صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة. ـ أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الانكار ، ويكفى أن يحلف يميناً بأنه لايعلم أن الخط أو الامضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقى عنه الحق . ـ ومن احتج عليه بمحرر عرفى وناقش موضوعه ، لايقبل منه إنكار الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع » .ويتضح من هذا النص ما يأتى :

١ ـ الورقة العرفية حجة على من وقعها وكذلك على خلفه العام وهو الوارث .

٢ ـ تفقد الورقة العرفية حجيتها إذا أنكر من يحتج بها عليه أنه وقعها أو وضع عليها ختمه أو بصمته . ويكفى هذا الانكار لرفض الورقة ولا تكون هناك حاجة إلى الطعن فيها بالتزوير كما هو الشأن بالنسبة الورقة الرسمية . ويكون على من يتمسك بالورقة أن يقيم الدليل على صحة صدور الورقة ممن وقعها عن طريق اجراءات تحقيق الخطوط .

٣ ـ نظراً لأن من يتمسك بالورقة فى مواجهة الوارث لايدعى أن الوارث هو الذى وقعها ، فإنه إذا أراد الوارث أن ينكر الورقة فإنه لاينكر توقيعه عليها ولكنه ينكر فقط مع حلف اليمين أنه لايعلم أن الخط أو الامضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقى عنه الحق .

٤ ـ استحدث قانون الاثبات الجديد حكما هاماً وهو أنه لا يجوز لمن يحتج فى مواجهته بورقة عرفية صادرة منه ، ثم ناقش هذه الورقة من حيث الموضوع ،

أن يقوم بعد ذلك بإنكار صدورها منه .فالمناقشة فى موضوع الورقة بمثابة اقرار ضمنى بصحة صدورها من موقعها فلا يقبل منه انكارها بعد ذلك .

٥ - إذا لم ينكر من وقع على الورقة العرفية صدورها منه فإنها تكون حجة عليه بكل ما جاء فيها من بيانات. وخاصة مايتعلق بتاريخ تحرير هذه الورقة.ولكن يظل لأصحاب الشأن الحق فى الطعن فى التصرف الذى تتضمنه هذه الورقة بأوجه الطعن المتعلقة بالموضوع كالطعن بالبطلان أو الفسخ أو الالغاء ... الخ .

٤٤ - حجية الورقة العرفية بالنسبة للغير :

على خلاف الورقة الرسمية التى تكون حجة على الكافة بما دون فيها ، فإن الورقة العرفية لا تكون حجة على غير أطرافها بالنسبة لتاريخها إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتاً ،وذلك منعاً للتلاعب والتواطؤ اضرارا بحقوق الغير عن طريق ذكر تاريخ غير صحيح فى الورقة . من هذا القبيل أن يبيع شخص منقولا معيناً بالذات يملكه إلى أكثر من شخص واحد . ونظراً لأن الملكية تنتقل بمجرد العقد فإنه يستطيع لو كان تاريخ الورقة العرفية يحتج به فى مواجهة الغير،ولو لم يكن ثابتاً ، أن يقدم تاريخ البيع الثانى على البيع الأول بما يجعل المشترى الثانى كأنه هو الذى اشترى أولا . وغير ذلك أمثلة أخرى كثيرة . وسداً لهذا الباب قرر المشرع فى المادة ١/١٥ من قانون الاثبات أنه « لايكون المحرر العرفى حجة على الغير فى تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت» .واثبات تاريخ الورقة العرفية له طرق مختلفة نصت عليها المادة ١٥ المذكورة وهى .

١ - من يوم أن يقيد المحرر العرفى بالسجل المعد لذلك فى مكتب التوثيق . واثبات التاريخ عن هذا الطريق هو اجراء مختلف تماماً عن الرسمية . فالورقة ثابتة التاريخ تظل ورقة عرفية من كل وجه .

٢ - من يوم أن يثبت مضمون المحرر العرفى فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ .

٣ - من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص مع ذكر تاريخ التأشير .

٤ - من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة ، أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة فى جسمه .

٥ - من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً فى أن الورقة قد حررت قبل وقوعه ، ومن هذا القبيل أن ترسل الورقة بالبريد المسجل ويرد على الورقة ذاتها خاتم البريد بتاريخ معين .

٤٥ — استثناء المخالصات من ضرورة اثبات التاريخ :

نصت الفقرة الأخيرة من المادة ١٥ من قانون الاثبات على أنه « ومع ذلك يجوز للقاضى تبعاً للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات » . والواقع أن الذى يوفى ديناً عليه ويحصل على مخالصة بالوفاء من دائنه قلما يفكر أن يجعل تاريخ هذه المخالصة ثابتاً فهو يكتفى بحجية هذا التاريخ بالنسبة للدائن الذى وقع على المخالصة ولا يعنيه كثيراً حجيتها بالنسبة للغير . ولذلك أجاز المشرع للقاضى أن يعتبر المخالصة حجة على الغير بالنسبة للتاريخ المذكور بها ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . ويدخل ذلك فى نطاق السلطة التقديرية للقاضى . وينطبق هذا الحكم على الوفاء البسيط . أما الوفاء مع الحلول فلا يحتج بتاريخه فى مواجهة الغير إلا إذا كان ثابتاً لأن أثره يظهر بصفة خاصة فى مواجهة الغير ، فيرجع إلى القاعدة الأصلية فى أن تاريخ الورقة العرفية لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً .

٤٦ - الأوراق العرفية التي لم تعد أصلا لأن تكون دليلا في الاثبات :

هناك أوراق لم تعد أصلا لأن تكون دليلا فى الاثبات ، كالرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية والدفاتر والأوراق المنزلية ، وسند الدين ذاته المؤشر عليه من الدائن ببراءة ذمة المدين مع عدم توقيعه. ومع ذلك فقد جعل المشرع لهذه الأوراق حجية معينة فى الاثبات وهو ما نذكره فيما يلى .

١ - الرسائل والبرقيات : بحسب نص المادة ١٦ من قانون الاثبات تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفى من حيث الاثبات . وتكون للبرقيات هذه القيمة إذا كان أصلها المودع فى مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك . وإذا أعدم أصل البرقية ، فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس .

٢ - الدفاتر التجارية : يجب على كل تاجر يزيد رأس ماله على ٢٠٠ جنيه(١) أن يمسك دفاتر منتظمة تكفل بيان مركزه المالى ببيان ما له وما عليه . وقد نص المشرع فى قانون الاثبات أن هذه الدفاتر تكون حجة على التاجر الذى يمسك بها سواء كانت منتظمة أو غير منتظمة . ولكنها إذا كانت منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها ويستبعد ما يكون مناقضاً لدعواه . بل يجب الأخذ بها ككل أو تركها ككل.

وتكون الدفاتر التجارية حجة للتاجر الذى يمسك بها إذا كان النزاع متعلقاً بعمل تجارى وكان خصمه تاجراً . أما إذا لم يكن خصمه تاجراً أو لم يكن النزاع متعلقاً بأعمال تجارية فإن الدفاتر التجارية لا تكون حجة للتاجر الذى يمسك بها إلا على سبيل الاستئناس . فإذا رأى القاضى فيها أساساً يصلح للإثبات فإنه يكمل هذا الأساس بتوجيه اليمين إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز اثباته بالشهادة على النحو الذى سندرسه .

---

(١) رفع هذا المبلغ إلى عشرين ألف جنيه بمقتضى المادة ٢١ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

٣ - الدفاتر المنزلية : وهى الأوراق المتعلقة بغير التجار ، وهى لا تكون لها أية حجية لمصلحة من يمسك بها إذ لا يقبل من شخص أن يصطنع دليلا لنفسه . وكذلك فإنه بحسب نص المادة ١٨ من قانون الإثبات لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا فى الحالتين الآتيتين : (أ) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً . (ب) إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته .

٤ - التأشير ببراءة ذمة المدين : بحسب نص المادة ١٩ من قانون الاثبات فإن تأشير الدائن ببراءة ذمة المدين على سند الدين تكون له حجية كاملة فى الفروض الآتية : (أ) إذا أشر الدائن على سند الدين الذى يحتفظ به ولم يخرج من حيازته قط بما يستفاد منه براءة ذمة المدين، سواء وقع على هذا التأشير أو لم يوقع وسواء شطب التأشير بعد ذلك أو لم يشطبه ، ولكن يجوز للدائن أن يثبت عكس ذلك بجميع طرق الاثبات . (ب) إذا أشر الدائن بخطه ودون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين فى نسخة أصلية أخرى للسند . كنسخة أخرى من عقد بيع مثلا وكانت هذه النسخة فى يد المدين . ومع عدم توقيع الدائن فإن تأشيرة بخطه على نسخة أصلية من سند الدين موجودة فى حيازة المدين يعتبر حجة على الدائن ببراءة ذمة المدين . ولكن يجوز للدائن أن يثبت عكس ذلك بكل طرق الاثبات . (جـ) أما إذا أعطى الدائن المدين سند الدين مع التأشير عليه بما يستفاد منه براءة ذمة المدين والتوقيع على هذا التأشير ،فإن ذلك يكون حجة كاملة على الدائن ولا يجوز له اثبات عكس ذلك إلا بكتابة أخرى موقعة من المدين ، تلغى أثر هذا التوقيع.

المبحث الثانى

الاثبات بالشهادة (البينة)

٤٧ - حرية الاثبات بالبينة فى المعاملات التجارية :

المبدأ المقرر فى القانون التجارى هو جواز الاثبات بالشهادة مهما كانت قيمة الدين أو إذا لم يكن محدد القيمة، ويجوز كذلك اثبات عكس ماهو ثابت بالكتابة عن طريق الشهادة . وتبرير ذلك هو مراعاة طابع السرعة والسهولة فى المعاملات التجارية . فلو اشترطت الكتابة لاثبات العمليات التجارية لوقف ذلك عقبة فى سبيل السرعة التى يجب أن تتم بها هذه العمليات .

٤٨ - جواز الاثبات بالشهادة فى المواد المدنية فى نطاق محدود :

نظرا لأن المسائل المدنية لاتتسم بطابع السرعة بل بطابع التروى ، فقد اشترط المشرع كقاعدة عامة أن يكون الاثبات فى هذه المسائل عن طريق الكتابة سواء بورقة رسمية أو عرفية . ومع ذلك فقد أجاز الاثبات بالشهادة إذا لم تزد قيمة النزاع على عشرين[1] جنيهاً طبقاً للمادة ٦٠ من قانون الاثبات . وكان المبلغ الذى يجوز الاثبات فيه بالشهادة قبل صدور قانون الاثبات الجديد هو عشرة جنيهات فقط طبقاً للمادة ٤٠٠ من القانون المدنى . وتنص المادة ٦٠ من قانون الاثبات على أنه « (١) فى غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته عن عشرين جنيهاً أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز شهادة الشهود فى اثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . - ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف . ويجوز الاثبات بشهادة الشهود إذا كانت زيادة الالتزام على عشرين جنيهاً لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل . - وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الاثبات

(١) أينما وردت عبارة «عشرين جنيهاً» فى نص المادتين ٦٠ و٦١ من قانون الاثبات، تصبح «مائة جنيه» بعد العمل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، وتصبح «خمسمائة جنيه» بعد العمل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ . راجع فيما بعد ص٢١٥

بشهادة الشهود فى كل طلب لا تزيد قيمته على عشرين جنيهاً ولو كانت هذه الطلبات فى مجموعها تزيد على هذه القيمة ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة . — وتكون العبرة فى الوفاء إذا كان جزئياً بقيمة الالتزام الأصلى » . ويتضح من هذا النص ما يأتى :

١ — لا يجوز الاثبات بالشهادة فيما تزيد قيمته على عشرين جنيها . أما إذا كانت قيمة التصرف عشرون جنيهاً أو أقل فيجوز الاثبات بالشهادة .

٢ — هذا الحكم يسرى على المسائل المدنية وحدها ، أما المعاملات التجارية فالمبدأ فيها هو جواز الاثبات بالشهادة مهما كانت قيمة النزاع كما سبق القول .

٣ — يراعى فى تقدير قيمة النزاع أصل الالتزام بغض النظر عن الزيادة التى قد تطرأ عليه بسبب الفوائد والملحقات .

٤ — ويراعى عند التقدير قيمة الالتزام كله وليس فقط قيمة الجزء الذى تم المطالبة به أو الجزء الذى يدعى المدين أنه وفى به . فلو كانت قيمة الالتزام أكثر من عشرين جنيهاً وكان الدائن يطالب بخمسة جنيهات فقط ، أو كان المدين يدعى الوفاء بخمسة جنيهات فقط ، فإنه لا يجوز مع ذلك الاثبات من الدائن أو المدين فى أى من الحالتين إلا بالكتابة .

٥ — ويراعى عند التقدير قيمه الالتزام وقت صدور التصرف ، ولو زادت قيمته بعد ذلك بسبب تقلبات الأسعار .

٦ — تسرى الأحكام السابقة على اثبات وجود الالتزام إذا كان الدائن هو الذى يدعى وجوده ، أو على اثبات انقضاء الالتزام إذا كان المدين هو الذى يدعى براءة ذمته منه .

٧ — إذا كانت قيمة الدعوى غير محددة كدعوى حساب لا يعرف قيمة الدين

المستحق عنها إلا بعد تقديم الحساب ومراجعته ،فإن قيمة النزاع تعتبر كأنها أكثر من عشرين جنيهاً ولا يجوز فيها الاثبات بالشهادة .

٨ - والعبرة فى تقدير قيمة النزاع بكل تصرف على حدة ، فإذا اشتملت دعوى واحدة على عدة طلبات ناشئة عن تصرفات مختلفة وكان كل تصرف قيمته لا تزيد على عشرين جنيهاً ، فإنه يجوز الاثبات فى هذه الحالة بالشهادة ولو كانت قيمة مجموع التصرفات تزيد على هذا القدر ، ولو كانت من طبيعة واحدة وبين نفس الخصوم .

٩ - القواعد السابق ذكرها لا تتعلق بالنظام العام،ويجوز الاتفاق على عكسها.

١٠ - عدم جواز الاثبات بالشهادة فيما تزيد قيمته على عشرين جنيهاً يسرى فقط على التصرفات القانونية ، أما الوقائع المادية فانه يجوز فيها الاثبات بالشهادة أيا كانت قيمتها .

١١ - جواز الاثبات بالشهادة فى الحدود السابق ذكرها يخضع فى النهاية للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع ، الذى يجوز له أن يأخذ بها أو يستبعدها بحسب اطمئنانه إليها . بعكس الدليل الكتابى الذى لايملك القاضى إلا الأخذ به .

٤٩ - عدم جواز الاثبات بالشهادة فى نفس النطاق المحدود :

إذا كان من الجائز بحسب الأصل الاثبات بالشهادة فى النطاق المحدود الذى لا تزيد فيه قيمة التصرف على عشرين جنيهاً ، فانه لايجوز مع ذلك الاثبات بالشهادة فى نفس النطاق المحدود ، حتى ولو كانت قيمة التصرف لا تزيد على عشرين جنيهاً (١) وذلك فى الحالات الآتية التى نصت عليها المادة ٦١ من قانون الاثبات .

١ - لايجوز الاثبات بالشهادة فيما يجاوز أو يخالف ما نص عليه دليل كتابى ، أى ما يؤدى إلى تكذيب دليل كتابى . والمقصود بالدليل الكتابى هو الورقة الرسمية أو الورقة العرفية التى تعد أصلا كدليل للاثبات . أما الاوراق التى لم تعد

(١) أينما وردت عبارة «عشرين جنيه» في نص المادتين ٦٠ و٦١ من قانون الاثبات، تصبح «مائة جنيه»، بعد العمل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، وتصبح «خمسمائة جنيه» بعد العمل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع فيما بعد، ص٢١٥.

أصلا للاثبات كالدفاتر التجارية والدفاتر المنزليـــة . فيجوز اثبات ما يخالفها أو يجاوزها بشهادة الشهود وبحسب اطمئنان القاضى إلى هذه الشهادة .

٢ - لايجوز الاثبات بالشهادة إذا كان المطلوب هو الباقى أو هو جزء من حق لايجوز اثباته إلا بالكتابة . وقد سبق أن ذكرنا أنه يراعى فى تقـــدير قيمة النزاع ، الالتزام بكامل قيمته حتى ولو اقتصرت المطالبة بجزء منه أو ادعى المدين أنه وفى جزءا منه .

٣ - لايجوز الاثبات بالشهادة إذا طالب أحد الخصوم بأكثر من عشرين جنيهاً ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد عن هذه القيمة ، لأنه يكون فى هذه الحالة متحايلا يخفض قيمة حقه بعد أن أعوزه الدليل على اثبات وجوده .

٥٠ - جواز الاثبات بالشهادة خارج النطاق المحدد :

على عكس ما ذكرناه فى الفقرة السابقة ، فانه يجوز الاثبات بالشهادة فى بعض الحالات التى تزيد فيها قيمة النزاع على عشرين جنيهاً ، أى خارج النطاق الذى يجوز فيه الاثبات بالشهادة أصلا . وقد نصت المادة ٦٢ من قانون الاثبات على أنه « يجوز الاثبات بشهـــادة الشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . - وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة » . وتنص المادة ٦٣ من قانون الاثبات على أنه « يجوز كذلك الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابى . (أ) إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى . (ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه » . ويتضح من هذه النصوص أن الحالات التى يجوز فيها الاثبات بالشهادة على سبيل الاستثناء وخلافاً للأصل هى :

١ - إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، والمقصود بذلك أن توجد كتابة صادرة من الخصم الذى يحتج بها فى مواجهته ولكنها لا تصلح دليلا كتابياً كاملا وان كانت تجعل الحق المدعى به قريب الإحتمال .كأن تكون غير موقعة منه مثلا ، فإنه يجوز فى هذه الحالة اعتبار هذه الورقة بمثابة مبدأ اثبات وليس دليل إثبات كامل، ويستكمل الدليل بشهادة الشهود .

٢ - إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى. ومن أمثلة المانع المادى أن يبرم التصرف فى وقت حرب أو كارثة ولا تكون هناك فسحة من الوقت للحصول على دليل كتابى. ومن أمثلة المانع الأدبى وجود صلة قرابة بين طرفى التصرف . وتقدير ما إذا كان المانع المادى أو الادبى هو مانع جدى حال فعلا دون الحصول على دليل كتابى من المسائل التى تدخل فى سلطة قاضى الموضوع.

٣ - إذا فقد سند الدائن الكتابى على وجود الدين ، أو سند مخالصة المدين على الوفاء به ، لسبب أجنبي لا يد لأى منهما فيه، كقوة قاهرة أو فعل الغير كسرقة السند مثلا . ودون أن يكون من فقد السند قد سهل ذلك بإهماله . وهذه الحالة تفترض أن يكون هناك دليل كتابى موجود من قبل ولكنه فقد بعد ذلك. ويراقب القاضى بدقة دلالة الأدلة التى تساق له للقول بسبق وجود سند كتابى ثم ضياع هذا السند بعد ذلك بسبب أجنبي .

المبحث الثالث
القرائن

٥١ - القرينة القضائية والقرينة القانونية :

القرينة وسيلة من وسائل الإثبات، وهى استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت.

والقرينة القضائية هى التى يقوم فيها القاضى بدور إيجابى فهو الذى يختار الواقعة الثابتة ليستنبط منها بعد ذلك الواقعة غير الثابتة . أما القرينة القانونية فهى من عمل المشرع ذاته الذى يحدد الواقعة الثابتة ، وهو الذى يستنبط منها بعد ذلك الواقعة الاخرى التى تصبح بذلك ثابتة هى الأخـــرى . وقد نصت المادة ٩٩ من قانون الإثبات على القرينة القانونية بقولها « القرينة القانونية تغنى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » . ونصت المادة ١٠٠ من قانون الإثبات على القرينة القضائية بقولها « يترك لتقدير القاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا فى الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود». ويتضح من هذين النصين أن القرينة القضائية هى طريقة من طرق الإثبـات يستقل القاضى به بإجرائها فى حدود سلطته التقديرية وذلك فى الحالات التى يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود على النحو السابق دراسته . أما القرينة القانونية فهى ليست وسيلة من وسائل الإثبات بقدر ما هى سبب للاعفاء من الإثبات، وهى من صنع المشرع نفسه، وهى أحياناً تكون قرينة قاطعة لا يجوز اثبات عكسها وأحياناً أخرى تكون قرينة غير قاطعة يجوز اثبات عكسها .

٥٢ - القرينة القانونية القاطعة وغير القاطعة :

القرينة القانونية هى كما سبق القول وسيلة اعفاء من الاثبـــات فهي تغني من

تقررت لمصلحته من اثبات شيء كان يجب عليه اثباته . ومن هذا القبيل ما تنص عليه المادة ٥٨٧ من القانون المدنى من أن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط . وعلى هذا النحو يكفى أن يحتفظ المستأجر بآخر إيصال عن الأجرة حتى يعتبر قد وفى بأجرة الاقساط السابقة اعتماداً على هذه القرينة القانونية . ولكن هذه القرينة ليست قاطعة إذ يجوز للمؤجر أن يثبت أنه رغم الوفاء بأجرة قسط متأخر فإنه لم يتم الوفاء بأجرة الاقساط السابقة .

ولكن فى بعض الأحيان يجعل المشرع القرينة القانونية قاطعة لا تقبل اثبات العكس . ومن هذا القبيل ما تنص عليه المادة ١٧٦ من مسئولية حارس الحيوان عن الضرر الذى سببه للغير، فهى مسئولية تقوم على خطأ الحارس وهو خطأ مفترض لايقبل اثبات العكس . وما تنص عليه المادة ١٧٨ من مسئولية حارس الأشياء ، وما تنص عليه المادة ٥٨٤ من مسئولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة .

وحتى تكون القرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس ، يجب أن ينص المشرع صراحة على ذلك . فإذا لم يوجد نص على أن القرينة قاطعة فإنها تعتبر غير قاطعة ويرجع إلى الأصل فى أنها تغنى عن الإثبات ولكن يجوز اثبات عكسها من الخصم الآخر .

ويلاحظ كذلك أن القرينة القانونية حتى ولو كانت قاطعة فإنه يجوز اثبات عكسها باقرار من تقررت لمصلحته والقرينة كما تلعب دوراً فى الاثبات فإنها تلعب دوراً كذلك فى انشاء القواعد القانونية ، لان عدداً كبيراً من القواعد القانونية يقوم فى أساسه على المألوف فى معاملات الناس ، ولكن ذلك يخرج عن نطاق دراستنا .

٥٣ - حجية الأمر المقضى :

حجية الأمر المقضى هى قرينة قانونية قاطعة تجعل الأحكام القضائية صحيحة لا تقبل الشك فيما قضت به بين الخصوم إذا اتحد المحل والسبب . وفى هذا تنص المادة ١٠١ من قانون الاثبات على أن « الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بذات الحق محلا وسببا . - وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها » . ويتضح من هذا النص ما يأتى :

١ - حتى يحوز الحكم حجية الأمر المقضى، لابد أن يحوز أولا قوة الأمر المقضى، وهو يحوز قوة الأمر المقضى إذا أصبح نهائيا لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف أى بطرق الطعن العادية وإن ظل من الجائز الطعن فيه بطرق غير عادية كالنقض أو إعادة النظر .

٢ - إذا حاز الحكم قوة الأمر المقضى وبالتالى حجية الأمر المقضى فإن هذا الحكم يعتبر صحيحاً من حيث الشكل ومن حيث الموضوع بحيث لا يجوز لأى خصم من الخصوم أن يعيد طرح النزاع مرة أخرى أمام أية جهة من جهات القضاء . وتبرير هذه القاعدة هو اعطاء الأحكام ما تستحقه من الاحترام من ناحية، وحسم المنازعات ومنع تأبيدها من ناحية أخرى . إذ لو أجيز للخصم الذى صدر ضده حكم واستنفد طرق الطعن العادية ، أن يعيد طرح النزاع من جديد أمام نفس المحكمة التى أصدرت الحكم او أمام محكمة أخرى غيرها لتأبدت الخصومات فى المحاكم ، ولفقدت الأحكام كل قيمة لها فى نظر الناس .

٣ - حجية الأمر المقضي بالمعنى السابق ذكره تستند علي قرينة قانونية

قاطعة لا تقبل اثبات العكس ، ويقال أحياناً أنها تعتمد على قاعدة موضوعية .

٤ - حجية الأمر المقضى لا تتحقق إلا إذا اتحد الخصوم والمحل والسبب ، فلا يجوز بعد صدور الحكم الذى حاز حجية الأمر المقضى لأى طرف فى النزاع أن يقاضى الطرف الآخر مطالباً إياه بنفس الشىء اعتماداً على نفس السبب . أما إذا اختلف الخصم أو اختلف محل الدعوى بين نفس الخصوم أو اختلف سببها فإن حجية الأمر المقضى لا تقوم لأن النزاع الذى يراد طرحه من جديد هو فى الواقع نزاع جديد لم يسبق الفصل فيه سواء لاختلاف الخصوم أو المحل أو السبب . فمن خسر دعوى رفعها مطالباً فيها بدين ثمن بيع ، يستطيع رفع دعوى أخرى ضد نفس الشخص يطالبه بدين قرض ، فهنا إختلف السبب . ومن خسر دعوى يطالب فيها شخصاً بنقل ملكية عقار يستطيع رفع دعوى أخرى ضد نفس الشخص يطالبه فيها بتسليم بضاعة أو بتسليم عين مؤجرة ، فهنا اختلف المحل والسبب معاً . ومن خسر دعوى ضد (ا) يستطيع أن يرفع دعوى غيرها ضد (ب) ولو اتحد الشىء المطلوب الحكم به . أما المنهى عنه فهو أن ترفع الدعوى مرة أخرى بعد صدور الحكم فيها بين نفس الخصوم ودون تغيير فى الشىء المطلوب الحكم به أو فى المصدر القانونى الذى يعتمد عليه هذا الطلب .

٥ - حجية الأمر المقضى تتعلق بالنظام العام ولذلك فإن القاضى يقضى بها من تلقاء نفسه ، ولا يجوز الاتفاق بين الخصوم على عدم الأخذ بها .

٥٤ - حجية الحكم الجنائى أمام القاضى المدنى :

تنص المادة ١٠٢ من قانون الإثبات على أنه « لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً » . وينطبق هذا النص على الحالات التى يرتكب فيها أحد الأشخاص خطأ يسبب ضرراً للغير بما

يستوجب مسئوليته المدنية ويكون هذا الخطأ في نفس الوقت جريمة جنائية تستوجب مسئولية المخطىء الجنائية. فيكون من المتصور بالتالى رفع دعوى جنائية ضد هذا الشخص للحكم عليه بالعقوبة الجنائية ورفع دعوى أخرى مدنية ضد نفس الشخص للحكم عليه بالتعويض المدنى. وكل من هاتين الدعويين تختلف عن الأخرى في الخصوم والموضوع. فالخصم في الدعوى الجنائية هو النيابة العامة وهو في الدعوى المدنية المضرور. والموضوع في الدعوى الجنائية هو الحكم بالجزاء الجنائى. أما الموضوع في الدعوى المدنية فهو الحكم بالتعويض المالى. ولذلك كان المفروض ألا يكون للحكم الجنائى حجية أمام القضاء المدنى. ولكن نظراً لخطورة الأحكام الجنائية وحتى لا يحدث تعارض بينها وبين الأحكام المدنية فقد جعل المشرع للحكم الجنائى بعض الحجية أمام القضاء المدنى. ويكون ذلك في الحدود التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً. والقواعد المقررة في هذا الشأن أنه إذا صدر الحكم الجنائى بالبراءة فإن هذا الحكم لا يلزم القاضى المدنى لأن الفعل قد لا يصل من الخطورة إلى درجة تستوجب الجزاء الجنائى، ولكنه يعتبر مع ذلك خطأ مدنياً يستوجب التعويض، إلا إذا كان الحكم بالبراءة على أساس عدم ارتكاب الشخص للفعل المنسوب إليه. فإن ذلك يلزم القاضى المدنى. أما إذا صدر الحكم بالادانة على أساس ثبوت خطأ جنائى من مرتكب الفعل، فإن هذا الحكم يقيد القاضى المدنى الذى يتعين عليه أن يحكم عليه بالتعويض إذا توافر الركنان الآخران للمسئولية المدنية وهما الضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. فلا يجوز للقاضى أن ينفى الخطأ بعد أن أثبته القاضى الجنائى.

المبحث الرابع
الإقـــرار

الإقرار إما أن يكون قضائياً أو غير قضائى ، ولكل منهما حجية مختلفة من حيث الإثبات .

٥٥ - الاقرار القضائى :

تنص المادة ١٠٣ من قانون الإثبات على أن « الاقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة » . وتنص المادة ١٠٤ على أن « الاقرار حجة قاطعة على المقر . - ولا يتجزأ الاقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى » . ويتضح من هذين النصين ما يأتى :

١ - الاقرار القضائى هو اعتراف من أحد الخصوم بواقعة لم تكن ثابتة قبل هذا الاعتراف .

٢ - الاعتراف بهذا المعنى هو تصرف بالارادة المنفردة للشخص الذى صدر منه ، ولذلك يجب أن تتوافر أهلية التصرف لدى المقر ، فلا يصح الاقرار من عديم الأهلية أو ناقصها .

٣ - الاعتراف الذى يعتبر اقراراً قضائياً لابد أن يصدر أمام القضاء وبصدد النزاع المطروح أمامه ، أما إذا صدر الاقرار أمام النيابة أو أمام جهة إدارية أو فى صورة خطاب موجه من الخصم إلى خصمه ، أو أمام محكمة غير المحكمة التى تنظر النزاع موضوع الاقرار ، فإنه لا يعتبر اقراراً قضائياً ولا تطبق عليه النصوص السابق ذكرها .

٤ - إذا كان الاقرار قضائياً بالمعنى السابق ذكره فإنه يكون حجة على المقر ، يغنى الخصم الآخر عن الاثبات ، ولا يجوز للمقر أن يرجع فى اقراره .

٥ - يكتسب الاقــرار الحجية المذكورة بصفة أولية إذا كان بسيطاً غير موصوف بوصف أو غير مقيد بقيد .

٦ - يكتسب الاقرار الحجية المذكورة أيضاً حتى ولو كان موصوفاً بوصف. كأن أقر المدين بالدين ولكنه وصف الدين بأنه مؤجل أو معلق على شرط . وتبرير ذلك أن الاقرار لايقبل التجزئة.

٧ - يكتسب الاقرار الحجية المذكورة طبقاً لمبدأ عدم جواز تجزئة الاقرار حتى ولو كان مركباً من عدة وقائع مادامت مرتبطة بعضها بالبعض الآخر. كأن يقر المدين بالدين ولكنه يقرر أنه وفى به. فالوفاء هنا غير متصور بدون وجود الدين. فلا يجوز للدائن أن يأخذ من هذا الاقرار ما يثبت وجود الدين، ويترك منه ما يفيد الوفاء به. ولكن إذا أقر المدين بالدين ولكنه قرر أنه دائن للدائن بدين آخر ناشيء عن عمل غير مشروع . فهنا لا تكون الوقائع مرتبطة ارتباطاً لايقبل التجزئة ويجوز للدائن أن يتمسك بثبوت الدين على أساس هذا الاقرار أما التزامه بالدين الآخر الناشيء عن العمل غير المشروع فينظر إليه بصفة مستقلة ، وهو لايتأكد وجوده إلا بصدور حكم قضائي به . فعدم قابلية الاقــرار للتجزئة تنصب على الوقائع المرتبطة ارتباطاً لايقبل التجزئة دون غيرها من الوقائع .

٥٦ - الاقرار غير القضائي :

الاقرار غير القضائي هو الذى لايصدر أمام القاضى الذى ينظر النزاع موضوع الاقرار . فاذا ثبت وجود هذا الاقرار وتبــين القاضى أن المقر أراد به حسم النزاع . فانه يكتسب نفس حجية الاقرار القضائي السابق ذكرها . أما إذا كان الاقرار غير القضــائي قد صدر عفوا ودون قصد حسم النزاع فان قيمته تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذى قد يعتبره مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مكتوبا ، أو يعتبره مجرد قرينة قضائية ، أو قد لايعطيه أية قيمة فى الاثبات .

المبحث الخامس
اليمــين

اليمين إما أن تكون حاسمة وهى التى يوجهها أحد الخصوم إلى خصمه ، وإما أن تكون متممة وهى التى يوجهها القاضى إلى أحد الخصوم .

٥٧ – اليمين الحاسمة :

١ – اليمين الحاسمة وسيلة تغنى عن الاثبات عندما لا يوجد دليل على الحق المدعى به ، فمن حق أى خصم يدعى حقاً لا دليل له عليه أن يحتكم إلى ذمة خصمه بتوجيه اليمين الحاسمة إليه .

٢ – ولكن لا يجوز توجيه اليمــين الحاسمة عن واقعة مخالفة للنظام العام ، فمن يدعى أنه دائن لغيره بدين قمار ، لا يجوز له أن يوجه اليمين الحاسمة إلى مدينه لاثبات هذا الدين .

٣ – ويجوز أيضاً للقاضى أن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا رأى فى توجيهها تعسفا من جانب من وجهها ، كأن يعرف أحد الخصوم حالة التدين الشديد لخصمه فيعمد إلى احراجه بتوجيه اليمين الحاسمة إليه وهو يعلم أنه لن يحلفها .

٤ – يجب أن تكون الواقعة موضوع اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه ، أما إذا كانت متعلقة بغيره كمورثه مثلا فان اليمين تسمى فى هذه الحالة يمين العلم ، لأن من توجه إليه يحلف إذا أراد بأنه لم يعلم بالواقعة المتعلقة بمورثه دون أن ينفى الواقعة فى ذاتها . ويمين العلم هى أيضاً يمين حاسمة تترتب عليها نفس الآثار التى تترتب على اليمين الحاسمة .

٥ – يجب أن تنصب اليمين الحاسمــة على كل الحق المدعى به فتحسمه ، ولا يجوز لمن وجهها أن يحتفظ بطلبات أخرى يقدمها فى حالة ما إذا حلف اليمين الخصم الذى وجهت إليه .

٦ – نظراً لأن اليمين تحسم الحق فهى تصرف قانونى لا بد فيه من توافر أهلية

التصرف بالنسبة لمن يوجهها وبالنسبة لمن توجه إليه .

٧ - يجوز توجيه اليمين الحاسمة فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ولكن لايجوز توجيهها لأول مرة أمام محكمة النقض .

٨ - من وجه اليمين الحاسمة تقيد بها فلا يجوز له أن يرجع فى توجيهها متى قبل خصمه أن يحلف .

٩ - من توجه إليه اليمين الحاسمة لايتقيد بها دائماً بل يستطيع إذا كانت منصبة على وقائع مشتركة بينه وبين من وجهها إليه أن يردها إلى من وجهها ، وفى هذه الحالة يتعين على من ردت عليه أن يحلف أو ينكل ولكنه لايستطيع إعادة ردها مرة أخرى .

١٠ - إذا حلف اليمين من وجهت إليه أو ردت عليه فان ذلك يكون دليل اثبات لايجوز تكذيبه . ولكن هناك حالة واحدة يجوز فيها الطعن فى الحكم الذى بنى على أساس اليمين الحاسمة وبشرط ألا تكون مواعيد الطعن القانونية قد فاتت ، وهى حالة ما إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائى . ويجوز فى هذه الحالة أيضاً للخصم الذى أصابه ضرر من اليمين أن يطالب بحقه فى التعويض عن هذا الضرر . ولكن فى غير هذه الحالة لايجوز تكذيب اليمين أو الطعن فى الحكم الذى صدر على أساسها .

١١ - وأهم أثر يترتب على اليمين الحاسمة أن كل من وجهت إليه فنكل عنها دون أن يردها على خصمه ، وكل من ردت عليه فنكل عنها خسر دعواه . أما إذا حلف اليمين من وجهت إليه فانه يكسب دعواه . فمن توجه إليه اليمين إما أن يحلفها فيكسب دعواه أو ينكل عنها فيخسر دعواه أو يردها على خصمه الذى وجهها إليه فينتقل الخيار إلى الخصم . وهذا بدوره إما أن يحلف اليمين فيكسب دعواه أو ينكل عنها فيخسر دعواه ، ولكنه لايستطيع أن يردها من جديد .

وقد جاءت الأحكام السابق ذكرها فى المواد ١١٤ - ١١٨ من قانون الاثبات .

٥٨ - اليمين المتممة :

١ - اليمين المتممة تختلف عن اليمين الحاسمة فى أن القاضى هو الذى يوجهها إلى أحد الخصوم ، وهو يقوم فى ذلك بدور إيجابى فى الاثبات على خلاف الأصل فى مبدأ حياد القاضى بالنسبة لأدلة الاثبات .

٢ - ويشترط فى توجيه اليمين المتممة ألا يكون فى الدعوى دليل كامل وألا تكون خالية من أى دليـــل . فاذا كان الاثبات واجبا بالكتابة بحسب الأصل فيجب أن يوجد مبدأ ثبوت بالكتابة يبرر توجيه اليمين المتممة . وإذا كان الاثبات غير واجب بالكتابة فيجوز توجيه اليمين المتممة إذا وجدت شهادة ضعيفة أو قرائن لا يطمئن إليها القاضى بصفة كاملة .

٣ - وعلى خلاف اليمين الحاسمة ، فلا يجوز للخصم الذى وجه إليه القاضى اليمين المتممة أن يردها على الخصم الآخر .

٤ - يوجه القاضى أحيانا اليمين المتممة لا لاثبات الحق المتنازع عليه ، بل لتقدير قيمته . ولكن يشترط لذلك أن يستحيل تحديد القيمة بوسيلة أخرى . وتسمى اليمين فى هذه الحالة بيمين التقويم . ويحدث ذلك مثلا إذا أتلف المودع لديه الشىء المودع ولم تكن قيمة هذا الشىء موضع اتفاق بين الطرفين ولم يكن هناك دليل عليها فى الدعوى . وعندما يوجه القاضى يمين التقويم المتممة فانه يضع حدا أقصى للقيمة التى يصدق فيها المدعى بيمينه . (راجع المواد ١١٩ - ١٢١ من قانون الاثبات) .

٥ - وعلى خلاف اليمين الحاسمة فان اليمين المتممة لا تحسم النزاع ولا تلزم القاضى ، بل تخضع قيمتهـــا كدليل تكميلى للاثبات إلى سلطته التقديرية وإلى ما يرتاح إليه ضميره .

والواقع أن القاضى لا يباشر أدنى سلطة تقديرية بالنسبة لبعض أدلة الاثبات وهى الكتابة والقرائن القانونية والاقرار واليمين الحاسمـــة . وعلى العكس فهو يباشر سلطة تقديرية كاملة بالنسبة لأدلة الاثبات الأخرى وهى شهادة الشهود والقرائن القضائية واليمين المتممة .

الفصل الخامس

الأدلة ذات القوة المطلقة
(الأدلة الكتابية)

٥٩ — الأوراق الرسمية والأوراق العرفية :

يستخدم الفقه الفرنسى كلمة واحدة هى كلمة ACTE للتعبير عن العقد وهو التصرف القانونى مصدر الحقوق وللتعبير كذلك عن الدليل الكتابى وهو وسيلة اثبات هذا التصرف • ويحدث هذا الاستخدام المزدوج فى مصر كذلك ، عن طريق استخدام كلمة عقد للتعبير عن التصرف القانونى كعقد البيع أو عقد الايجار ، أو للتعبير عن دليل الاثبات الكتابى فيقال عقد رسمى وعقد عرفى •

وفى محاولة التفرقة بين التصرف وبين دليل اثباته ، فان الفقه الفرنسى يستخدم كلمة negotium للتعبير عن التصرف ، وكلمة instrumentum للتعبير عن دليل الاثبات الكتابى ، مع اعتبار هاتين الكلمتين تعبيرا عن الكلمة الأصلية Acte ولكن بمعنيين مختلفين(١) •

ولا يغيب عن النظر أن التصرف مستقل عن دليل اثباته ، ويصل هذا الاستقلال الى درجة أن التصرف قد يكون صحيحا بينما دليل الاثبات لم يتحقق أو أنه فقد أو أنه مشوب بعيب يبطله • وفى هذه الحالة يمكن اثبات التصرف بما يقوم مقام الكتابة كالاقرار أو اليمين ، فلا يؤدى انعدام الدليل الى المساس بوجود التصرف ذاته • ولكن هذا الاستقلال لا يتحقق مع ذلك فى العقود الرسمية التى لا تنعقد الا بورقة رسمية ، مما يؤدى الى اعتبار هذه الورقة عنصرا من عناصر تكوين العقد ، ووسيلة لاثباته فى نفس الوقت(٢) •

---

(١) مارتى ورينو ، جـ ١ ، ص ٣٦٢ ، أوبـرى ورو ، جـ ١٢ ، رقم ٧٥٤ ، ص ١٥٥ ، هامش ١ ، بودان وبيرو ، جـ ٩ ، فقرة ١١٨٠ ، ص ٢٥٢ •

(٢) مارتى ورينو ، جـ ١ ، فقرة ٢٢٨ ، ص ٣٦٢ •

ولعنه يكون من الأفضل فى مصر أن يقتصر استخدام اصطلاح العقد على التصرف القانونى ذاته ، أما دليل الاثبات الكتابى فيطلق عليه اصطلاح ورقة الاثبات ، وهى اما أن تكون ورقة رسمية أو ورقة عرفية(١) ٠

والورقة الرسمية هى الورقة التى يحررها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ، بما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن ، طبقا للأوضاع القانونية . وفى حدود سلطته واختصاصه ٠ أما الورقة العرفية فهى الورقة التى يعدها أصحاب الشأن أنفسهم ٠

والورقة العرفية اما أن تكون معدة أصلا للاثبات preuve préconstituée هو الغالب ، كما لو أبرم المتعاقدان تصرفا ، وقاما فى الحال باثباته فى ورقة مكتوبة دليلا على ابرامه ٠ ولكن الورقة العرفية قد لا تكون معدة أصلا للاثبات ، ولكنها تستخدم فيه . ومن الأمثلة على ذلك الخطابات والبرقيات والدفاتر التجارية والأوراق المنزلية(٢) ٠

والورقة العرفية المعدة للاثبات يجب أن يكون موقعا عليها من أصحاب الشأن ، أما الورقة الغير معدة أصلا للاثبات فلا يشترط أن تكون موقعة ممن قام بتحريرها ٠ وبطبيعة الحال فان الورقة المعدة للاثبات لها قوة أكبر من الورقة التى لم تعد لهذا الغرض ٠

ويلاحظ أن الورقة الرسمية كالورقة العرفية لها قوة مطلقة فى الاثبات ٠ فكل منهما يجوز استخدامها فى اثبات أى تصرف قانونى مهما بلغت قيمته ، وكذلك اثبات أية واقعة مادية ٠ وكل منهما لهحجية فى الاثبات فى مواجهة الكافة(٣) ٠ ومع ذلك فان حجية الورقة الرسمية فى الاثبات

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، جـ ٢ ، ص ١٠٥ ، وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى « تصرف عبارة السند تارة الى الواقعة القانونية ، أى العمل او التصرف القانونى . وطورا الى - أداة الاثبات » أى الى الورقة التى يجرى الاثبات بمقتضاها ٠ وقد روعى استعمال عبارة الورقة الرسمية للتمييز بين مصدر الحق أو الالتزام وبين أداة اثباته . (مجموعة الاعمال التحضيرية ، جـ ٣ ، ص ٣٥٢) ٠

(٢) بودان وبرد ، جـ ٩ ، فقرة ١١٧٦ ، ص ٢٥٢ . مارتى ورينو . جـ ١ ، فقرة ٢٢٧ ، ص ٣٦١ ٠

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ، جـ ٧ . فقرة ١٤٣٦ ، ص ٨٦٧ ، عبد الرزاق السنهورى ، جـ ٢ ، ص ١٠٩ ٠

أقوى من حجية الورقة العرفية من عدة نواح . فمن ناحية فان تاريخ الورقة الرسمية يكون حجة على الغير ، بينما لا يكون تاريخ الورقة العرفية حجة على الغير الا اذا كان هذا التاريخ ثابتا . ومن ناحية أخرى لا يجوز انكار الورقة الرسمية الا عن طريق الطعن فيها بالتزوير . أما الورقة العرفيـــة فيجوز انكارها بمجرد انكار الخط أو التوقيع . ومن ناحية أخرى أيضا فانه لا يجوز اثبات عكس ما قرره الموظف الذى حرر الورقة الرسمية على انه تم على يديه الا عن طريق الطعن بالتزوير . أما ما قرر الموظف الرسمى أنه تلقاه عن الغير فيجوز اثبات عكسه بغير حاجة الى الطعن بالتزوير ، وهذا على خلاف الورقة العرفية التى يجوز دحض ما جاء بها سواء ما أثبته أصحاب الشأن عن أنفسهم أو تلقوه من غيرهم عن طريق اثبات العكس بالطرق التى سنذكرها بعد دون حاجة الى الطعن فيها بالتزوير .

ومن الفروق بين الورقتين أيضا أن الورقة الرسمية يكون التنفيـــذ بمقتضاها دون حاجة الى استصدار حكم من القضـــاء ، بل توضع الصيغة التنفيذية على الورقة الرسمية مباشرة ، وهذا بخلاف الورقة العرفية ، التى لا يجوز التنفيذ بمقتضاها الا عن طريق الالتجاء الى القضاء واستصدار حكم بالحق الثابت فى هذه الورقة(١) .

ومن الفروق بين الورقتين أيضا أن صورة الورقة الرسمية لها قوة فى الاثبات غير صورة الورقة العرفية .

٦٠٠ ـ حكم مشترك بين الورقة الرسمية والورقة العرفية :

رغم الفروق السابق ذكرها بين الورقة الرسمية والورقة العرفية ، الا انه يوجد حكم مشترك بينهما ، يتعلق بالمبادىء العامة فى الاثبات ، وقد نصت على هذا الحكم المادة ١٣٢٠ من القانون المدنى الفرنسى وهو ما يمكن الأخذ به فى مصر دون حاجة الى نص خاص ، وقد جـــاء فى النص المذكور « وتكون الورقة سواء كانت رسمية أو عرفية ، حجة فيما بين الطرفين ، حتى

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ، جـ ٧ فقرة ١٤٣٤ ، ص ٨٦٦ .

بالنسبة لما لم يذكر فيها الا بطريق الاخبار ، بشرط أن تكون لهذه الاخبار علاقة مباشرة بما ذكر على سبيل التقرير . أما ما ذكر على سبيل الاخبار بغير علاقة مباشرة بما ذكر على سبيل التقرير ، فلا يصلح لا كمبدأ ثبوت بالكتابة » .

ويعبر هذا النص عن المبدأ العام في ضرورة التفرقة بين ما يذكر في الورقة على سبيل التقرير disposition ، وبين ما يذكر فيها على سبيل الاخبار énonciations . فما يذكر على سبيل التقرير هو موضوع الورقة وهو الدافع الى تحريرها ، كما لو اعترف المدين بالدين ، أو أقر الدائن بانقضاء الدين . أما ما يذكر على سبيل الاخبار فهو يذكر بطريقة عارضة دون أن يكون هو الدافع الى تحرير الورقة .

ويشبه البعض الفرق بين ما ذكر على سبيل التقرير وما ذكر على سبيل الاخبار ، بالفرق بين منطوق الحكم وبين أسبابه(١) . ومراعاة لهذه التفرقة فان ما ذكر على سبيل التقرير هو وحده الذى يكون حجة فى الاثبات . أما ما ذكر على سبيل الاخطار فهو تكون له أيضا حجة فى الاثبات اذا كان متصلا اتصالا مباشرا بما ذكر على سبيل التقرير(٢) . أما ما ذكر على سبيل الاخطار دون أن تكون له صلة مباشرة بموضوع الورقة أو الهدف من تحريرها ، فلا تكون له حجية فى الاثبات الا كمبدأ ثبوت بالكتابة(٣) . فلابد من تكملته بادلة أخرى كالشهادة أو القرائن القضائية أو اليمين المتممة .

وسندرس فيما يلى فى ثلاثة فصول متتالية ، الأوراق الرسمية ، ثم الأوراق العرفية ، ثم اثبات صحة المحررات .

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ، جـ ٧ ، فقرة ١٤٣٥ ، ص ٨٦٦ .

(٢) من الأمثلة على ذلك أن يذكر فى الورقة التى حررت لاثبات وجود دين نشأ قبل تحريرها ، أن المدين قد وفى الفوائد الى وقت تحرير الورقة . فهذه المعلومات لم تكن هى الهدف الأصلى من تحرير الورقة ولكن لها صلة مباشرة بموضوع الورقة وهو الاعتراف بالدين . ولذلك فهى تأخذ حكمه من حيث حجية الاثبات . بلانيول وريبير وجابولد ، جـ ٧ ، ص ٨٦٧ ، هامش ١ .

(٣) من الأمثلة على ذلك أن يذكر المدين بايراد مرتب مدى الحياة فى الورقة التى تم تحريرها بمناسبة تجديد هذا الدين بتغيير المدين ، ان المدين الجديد سيدفع الايراد بالنسبة للمستقبل ابتداء من تاريخ تحرير هذه الورقة . فهذا الاخطار لا يعتبر دليلا كافيا على أن المدين الأصلى قد قام هو بدفع ريع السنوات السابقة . محكمة نانسى ، ٢٦ يناير ١٨٥٥ ، سيرى ، ٥٥ - ٢ - ٥٠٠ ، بلانيول وريبير وجابولد ، جـ ٧ ، ص ٨٦٧ هامش ١ .

الفصل الأول

الأوراق الرسمية

ندرس الاوراق الرسمية في مبحثين متتاليين :الأول في شروط صحتها، والثاني في حجيتها في الاثبات ·

المبحث الأول
شروط صحة الورقة الرسمية

٦١ ـ ثلاثة شروط :

تنص المادة ١٠ من قانون الاثبات على أن « المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن، وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه فاذا لم تكسب هذه المحررات صفة رسمية ، فلا يكون لها الا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم » · وهذا النص منقول عن نص المادة ٣٩٠ من القانون المدني الجديد · وهذا النص مأخوذ بدوره عن نص المادتين ١٣١٧ و ١٣١٨ من القانون المدني الفرنسي ·

ويتضح من هذا النص انه يشترط لصحة الورقة الرسمية توافر ثلاثة شروط ، الأول هو أن يتم تحريرها بواسطة موظف عـــام أو شخص مكلف بخدمة عامة ، والثاني أن يكون هذا الشخص مختصا بتحرير هذه الورقة من حيث الموضوع ومن حيث المكان ، والثالث أن يتم تحرير الورقة وفقا للأوضاع المبينة في القانون ·

١ ـ تحرير الورقة بواسطة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة

٦٢ ـ تحرير الورقة الرسمية :

حتى تعتبر الورقة رسمية لابد أن تكون صـــادرة من موظف عـــام أو

شخص مكلف بخدمة عامة . والمقصود بصدورها من هذا الشخص ، أن يقوم هو بتحريرها بأن يثبت فيها ما وقع تحت سمعه أو تحت بصره من تصرفات أو أقوال ذوى الشأن ، ولكن لا يشترط أن يكون محرر الورقة هو الذى كتبها بخط يده ، بل قد يقوم بذلك شخص آخر بناء على املاء من الموظف العام أو من الشخص المكلف بخدمة عامة أو تحت رقابته ، ويعتبر هذا الأخير هو محرر الورقة ومصدرها بشرط أن يضع عليها توقيعه(١) .

والورقة الرسمية قد تتضمن نوعين من الوقائع ، الأول هو ما تم على يدى محرر الورقة ، أى ما وقع تحت بصره من تصرفات ذوى الشأن ، كأن يقوم المشترى بدفع الثمن الى البائع أمام محرر الورقة ، أو أن يحضر شهود أمامه ، أو ان يثبت المحرر تاريخ تحرير الورقة(٢) . وهذه الوقائع لا يجوز انكارها بعد ذلك الا عن طريق الطعن فى الورقة الرسمية بالتزوير . أما النوع الثانى من الوقائع فهو ما يتلقاه محرر الورقة من ذوى الشأن ، أى ما وقع تحت سمعه دون أن يقع تحت بصره ، ومن هذا القبيل شروط التعاقد والالتزامات المتبادلة التى يعبر كل من الطرفين عنها أمام الموثق . وهذه الوقائع لا يشترط فى انكارها الطعن فى الورقة بالتزوير ، بل يمكن اثبات عكسها كما سنرى فيما بعد .

٦٣ – موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة :

يشترط فى محرر الورقة أن يكون موظفا عاما ، أو شخصا مكلفا بخدمة(٣) .

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، جـ ٢ ، ص ١١٥ ، نقض جنائى ١٩٦٧/١/٩ ، مجموعة النقض الجنائية ، س ١٨ ، ص ٦٣ ، نقض مدنى ١٩٦٤/١/٣٠ . مجموعة المكتب الفنى . س ١٥ ، ص ١٦٦ .

(٢) جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى انه « يراعى أن الورقة الرسمية لا تكون على الدوام من وضع المتعاقدين أنفسهم ، فقد يتولى الموظف العام تحريرها وتوثيقها دون أن يقتصر عمله على تلقيها » . (مجموعة الاعمال التحضيرية ، جـ ٣ ، ص ٣٥٢) .

(٣) كان نص المشروع التمهيدى للقانون المدنى يشترط أن يكون محرر الورقة موظفا عاما . وقد اقترح الدكتور السنهورى فى لجنة المراجعة أن يضاف الى الموظف العام ، الشخص المكلف بخدمة عامة ، توخيا للدقة . وقد قبل هذا الاقتراح وأصبح نص المادة ٣٩٠ من القانون المدنى . وهو النص المنقول عنه نص المادة ١٠ من قانون الاثبات على النحو المذكور فى المتن . (مجموعة الاعمال التحضيرية ، جـ ٣ ، ص ٣٥٣) .

عامة . والأمثلة على موظف عام يقوم بتحرير ورقة رسمية ، القاضى الذى يحرر الأحكام ، وكاتب الجلسة ، الذى يحرر محاضر الجلسات ، والمحضر الذى يقوم باعلان أوراق المرافعات(١). ومع ذلك فان أهم موظف عام تقصده المادة ١٠٥ من قانون الاثبات هو الموثق الذى أوكل اليه القانون دون غيره توثيق العقود والتصرفات التى يرغب ذوو الشأن اعداد ورقة رسمية لاثبات حصولها(٢) .

واصطلاح الموظف العام يصدق على العاملين فى الحكومة ووحدات الادارة المحلية ، والهيئات العامة(٣) . ولكنه لا يصدق على العاملين فى المؤسسات العامة وشركات القطاع العام(٤) .

أما الأشخاص المكلفون بخدمة عامة فمن أمثلتهم ، المأذون المكلف بعقود تحرير الزواج واشهادات الطلاق ، والكاهن المكلف بتحرير عقود الزواج للمصريين غير المسلمين ، والخبير فيما يحرره من محاضر يثبت فيها الأعمال التى قام بها .

وفيما يتعلق بالموثقين فانهم أهم طائفة تقوم بتحرير الأوراق الرسمية ، وهم يختصون بتحرير العقود والتصرفات ، سواء تلك التى يشترط القانون الرسمية فى انشائها كالرهن الرسمى ، وفى هذه الحالة يختلط التصرف مصدر الحق مع دليل اثباته ، أو تلك التى لا يشترط القانون الرسمية فى انشائها ، وفى هذه الحالة فان الرسمية تكون فقط وسيلة للاثبات . وسنرى فيما بعد أهمية التفرقة بين هذين الفرضين ، ذلك أن بطلان الورقة الرسمية فى الفرض الأول يؤدى الى بطلان التصرف ذاته ، أما بطلان الورقة الرسمية فى الفرض الثانى فلا يحول دون اعتبار الورقة فى حكم الورقة العرفية اذا كان موقعا عليها من ذوى الشأن .

---

(١) لا يشترط أن يتقاضى الموظف العام أجرا على عمله ، فمن الاشخاص من لا يتقاضى أجرا على عمله ومع ذلك يعتبر موظفا عاما كالعمدة مثلا . راجع : عبد الرزاق السنهورى ، جـ ٢ ، ص ١١٥ .

(٢) بودان وبيرد ، جـ ٩ ، فقرة ١١٨١ ، ص ٢٥٣ .

(٣) راجع المادة ١٢ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ بشأن الهيئات العامة .

(٤) راجع المادة الأولى من قانون اصدار القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ بشأن نظام العاملين بالقطاع العام .

وقبل صدور قانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ ، والمعمول به ابتداء من أول يناير ١٩٤٨ ، كانت جهات التوثيق موزعة بين كتاب المحاكم المختلطة وقضاة المحاكم الشرعية أو من يحل محلهم ، وكتاب المحاكم الكلية الوطنية . « واذ كانت هذه الحالة - كما تقول المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التوثيق المشار اليه - لم تعد موافقة لظروف العصر ، فقد اتجه الرأى من زمن الى وضع نظام ثابت للتوثيق تتوحد به جهاته وتنتظم شئونه على وجه يكفل تحقيق الطمأنينة التامة على الحقوق واستقرار المعاملات » . وقد صدر قانون التوثيق محققا لهذا الغرض ، ونصت المادة الأولى من لائحته التنفيذية الصادرة ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٧ ، والمعدلة بمقتضى قرار مجلس الوزراء الصادر فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ على أن « يقوم بالتوثيق موثقون وموثقون مساعدون وموثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل » .

أما الموثقون والموثقون المساعدون ، فهؤلاء هم أصحاب الاختصاص الأصلى فى التوثيق ، وهم يعملون بمكاتب التوثيق التابعة لمصلحة الشهر العقارى ، والمنتشرة فى كل البلاد .

أما الموثقون المنتدبون فهم الذين يقومون بتوثيق عقود الزواج وغيرها مما يتعلق بنظام الأسرة ، سواء بالنسبة للمسلمين أو غير المسلمين . وتنص المادة ١٨ من لائحة المأذونين(١) على أن « يختص المأذون دون غيره بتوثيق عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك بالنسبة للمسلمين من المصريين » .

وتنص المادة ٣ من قانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بعد تعديلها بمقتضى القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥(٢) ، على أن « تتولى المكاتب توثيق

---

(١) الوقائع المصرية ١٩٥٥/١/١٠ ، العدد ٣ ملحق .

(٢) صدر هذا التعديل بعد الغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وجدير بالذكر انه قبل الغاء المحاكم والمجالس المذكورة ، كانت جهات التوثيق غير موحدة تماما ، لأنه بجانب مكاتب التوثيق التى انشأها القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ ، كانت المحاكم الشرعية والمجالس الملية تختص بتوثيق العقود والتصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية . وقد نصت المادة الثالثة من القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ على أن « تلغى أقلام التوثيق بالمحاكم الشرعية كما تلغى عملية التوثيق بالمجالس الملية وتحال الى مكتب التوثيق جميع الضابط والسجلات والدفاتر المتعلقة بها » . وبذلك يمكن القول ان نظام التوثيق أصبح

جميع المحررات وذلك فيما عدا عقود الزواج واشهادات الطـلاق والرجعة والتصادق على ذلك الخاصة بالمصريين المسلمين والمصريين غير المسلمين المتحدى الطـائفة والملة ويتولى توثيق عقـود الزواج والطـلاق بالنسـبة الى المصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة موثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل ـ ويضع الوزير لائحة تبين شروط التعيين فى وظائف الموثقين المنتدبين واختصاصاتهم وجميع ما يتعلق بهم » • وقد أصدر وزير العدل اللائحة المشار اليها ليعمل بها ابتداء من أول ينـاير سنة ١٩٥٦ • وجدير بالذكر أن الموثقين المنتدبين لتوثيق عقود زواج المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة يختارون عادة من بين رجال الدين التابعين للطائفة والملة التى يختصون بتوثيق عقود زواج أبنائها •

ويلاحظ كذلك انه بالنسبة للمصريين غير المسلمين وغير المتحدى الملة أو الطائفة فان مكاتب التوثيق هى التى تختص بتوثيق عقود زواجهم[١] •

أما بالنسبة للاجانب فانهم يجـوز لهم توثيق جميع عقودهم المتعلقة بمعاملاتهم المالية أو الشخصية ، أمام جهاتهم القنصلية أو أمام مكاتب التوثيق طبقا لنص المادة ٢٠ من القانون المدنى التى تخضع شكل التصرف أما لقانون بلد الابرام (القانون المصرى) ، أو قانون موطن المتعاقدين (القانون المصرى بالنسبة للأجانب المتوطنين فى مصر) ، أو القانون الوطنى المشترك (القانون الأجنبى) ، أو القانون الذى يحكم الموضوع ، وهو قد يكون القانون المصرى ، وقد يكون قانونا أجنبيا بحسب الأحوال[٢] •

وخلاصة القول أن توثيق العقود بين المصريين أصبح موحدا فى جهـة واحدة هى مكاتب التوثيق ، ويقوم بالتوثيق الموثقون والموثقون المساعدون ،

موحدا فى مصر ، لأن الموثقين المنتدبين الذين يقومون بتوثيق عقود الزواج وما شابهها يعتبرون فى حكم التابعين لمكاتب التوثيق الموحدة •

(١) راجع فى هذا الموضوع : كتابنا ، أحكام الأسرة ، فقرة رقم ٥٢ ، ص ٢٤٨ •

(٢) راجع فى هذا الموضوع : هشام على صادق ، تنازع القوانين ، ص ٣٦٦ وما بعدها ، عبد الرزاق السنهورى ، جـ ٢ ، ص ١١٩ •

وكذلك الموثقون المنتدبون في مسائل الأسرة على النحو السابق تفصيله(١) .

وجدير بالذكر أن الرسمية في العقد غير تسجيل العقد . فالرسمية هي العنصر الشكلي في التصرف اذا كان العقد شكليا . كما في الرهن الرسمي أو في هبة العقار ، وهذا استثناء على الأصل في الرضائية . وقد تكون الرسمية دليل اثبات العقد ، وهذا متصور بالنسبة لجميع العقود التي يرغب اصحابها في اعداد ورقة رسمية كدليل على ابرامها . أما التسجيل فهو وسيلة لشهر التصرف حتى تنتقل به ملكية العقار والحقوق العينية العقارية الأخرى . ومن المتصور أن يكون العقد رسميا ولكنه غير مشهر .. والرسمية لا تغني عن التسجيل . فاذا تم البيع في عقد رسمي ، فان الملكية لا تنتقل به الا اذا تم تسجيله بعد ابرامه(٢) .

٢ - اختصاص الموظف العام

يجب أن يكون الموظف العام الذي قام بتحرير الورقة مختصا من حيث الموضوع ومن حيث المكان .

٦٤ - اختصاص الموظف العام من حيث الموضوع :

تشترط المادة ١٠ من قانون الاثبات أن يكون الموظف العام قد قام بتحرير الورقة في حدود سلطته

والمقصود بالسلطة في هذا النص هو الاختصاص الموضوعي ، أي يكون موضوع هذه الورقة مما يختص الموظف العام بتوثيقه . وقد سبق أن رأينا

---

(١). أما في فرنسا فيقوم بالتوثيق الموثقون Notaires وهؤلاء لا يعتبرون من الموظفين العموميين . ولا يتقاضون أجرا من الدولة . ولكنهم يتقاضون أجورهم من عملائهم . شأنهم في ذلك شأن المحامين . ومع ذلك فهم مكلفون بخدمة عامة هي توثيق عقود الأفراد . وهي خدمة لا يقوم بها غيرهم . فهم الذين يحتكرون القيام بالتوثيق على حد التعبير الذي يستخدمه الفقه الفرنسي في هذا الشأن . راجع Bonnin رسالة عن احتكار الموثقين . باريس ١٩٠٢ ، وراجع Prouvost رسالة عن توسيع احتكار الموثقين في تحرير العقود الخاصة . رسالة . نيل . ١٩٢٨ .

(٢). عبد الرزاق السنهوري . الوسيط جـ ٢ . ص ١١٤ ، هامش ١ . عبد المنعم فرج الصدة . ص ٧٤ وما بعدها .

أن الاختصاص العام في التوثيق هو لمكاتب التوثيق التى يباشر العمل فيها الموثقون والموثقون المساعدون • ومع ذلك فلا يدخل فى اختصـــاص هؤلاء توثيق عقود الزواج واشهادات الطلاق وغيرها ، بل يختص بذلك الموثقون المنتدبون ، وهم المأذونون بالنسبة للمسلمين ، ورجال الدين والكهنة بالنسبة للمصريين غير المسلمين المتحدى الملة والطائفة • فاذا قــام الموثق فى مكتب التوثيق بتحرير عقد من هذه العقود فان التوثيق يكون باطلا لأن من قام به غير مختص بالقيام به من حيث الموضوع أو بتعبير آخر فان توثيق هذا العقد لا يدخل فى سلطة هذا الموثق • وبالمثل اذا قام المأذون بتوثيق عقد بيع أو هبة أو رهن أو غير ذلك فانه يكون قد خرج عن حدود سلطته أى عن حدود اختصاصه الموضوعى(١) •

وبطبيعة الحال فان الموثق لا يكون مختصا من الناحية الموضوعية ، أى لا تكون له سلطة فى التوثيق ، الا اذا كانت قد ثبتت له صفة الموثق أصلا ، وتوافر فيه بالتالى ما يسمى بشرط الولاية • أما اذا كان الموظف العام قد عزل أو أوقف أو نقل فانه يفقد سلطته ولا تكون له ولاية أو اختصاص فى تحرير أى ورقة رسمية • ولا يستثنى من ذلك الا الحالات التى يكون فيهـا تحرير الورقة قد تم قبل أن يخطر الموظف بقرار الفصـــل أو النقـــل أو الوقف(٢) • وكذلك حالات الموظف الفعلى الذى يعين بقرار من سلطة محتلة أو قرار من مجلس ثورة أو الذى يعين بقرار مخالف للقانون(٣) •

وحتى يحتفظ الموظف العام بسلطته واختصاصه الموضوعى فى تحرير الورقة الرسمية ينبغى أن يتوافر فيه شرط الأهليـــة بالمعنى الدارج لهـــذا

---

(١) راجع فى معنى سلطة الموثق : بودان وبيرو ، حـ ٩ ، فقرة ١١٨٣ ، ص ٢٥٤ . بلانيول وريبير وجابولد . حـ ٧ . فقرة ١٤٣٩ . ص ٨٧٣ . عبد الرزاق السنهورى . حـ ٢ . ص ١٢٥ •

(٢) بودان وبيرو ، حـ ٩ . فقرة ١١٨٢ ، ص ٢٥٤ ، ديمولومب ، جـ ٢٩ ، فقرة ٢٣٤ . نقض فرنسى عرائض ١٨١٣/١١/٢٥ . سيرى ١٨١٤ ـ ١ ـ ٧٦ ، عبد الرزاق السنهورى ، جـ ٢ . ص ١٢٢ •

(٣) أوبرى ورو وبارتان ، حـ ١٢ ، رقم ٧٥٥ . ص ١٥٧ ، بودرى وبارد . ص ٤٣٤ ، ويضرب بودرى وبارد مثلا على قرار بالتعيين مخالف للقانون . القرار الصادر من رئيس الدولة بتعيين شخص أجنبى الجنسية فى عمل موثق •

الاصطلاح ، أى شرط القدرة على تحرير الورقة بغير مظنة الغش أو التواطؤ أو المحاباة • وتطبيقا لهذا الشرط تنص المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على انه « لا يجوز للموثق أن يباشر توثيق محرر يخصه شخصيا أو تربطه وأصحاب الشأن فيه صلة مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة »(١) • وطبقا لهذا النص فان الموثق لا يكون أهلا لتوثيق عقد هو طرف فيه أو وكيل عن أحد طرفيه أو شريك لأحد طرفيه • ويتحقق ذلك حتى ولو كان الموثق يتعاقد عن طريق اسم مستعار دون أن يظهر هو فى العقد(٢)•

ولا يجوز للموثق كذلك أن يحرر عقدا تربطه صلة قرابة أو مصاهرة الى الدرجة الرابعة بأحد طرفيه • والجزاء على مخالفة شرط الأهلية هو بطلان الورقة الرسمية بطلانا مطلقا حتى فى الأجزاء التى لا تتعلق مباشرة بالموثق(٣) •

وشرط الأهلية يجب أن يتوافر كذلك فى شهود الورقة الرسمية• وتنص المادة ٨ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على أنه « لا يجوز توثيق محرر الا بحضور شاهدين كاملى الأهلية مقيمين بالمملكة المصرية ولهما المام بالقراءة والكتابة ولا صالح لهما فى المحرر المطلوب توثيقه ولا تربطهما بالمتعاقدين أو بالموثق صلة مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة » • ومن المقرر فى الفقه الفرنسى أن عدم توافر الأهلية فى الشهود يبطل الورقة الرسمية ، الا اذا أمكن اعتبارها صحيحة تطبيقا لقاعدة الغلط الشائع يولد الحق(٤) •

فاذا توافرت شروط الاختصاص الموضوعى والولاية والأهلية بحسب المعانى السابق ذكرها ، فان الموظف العام تكون له سلطة فى تحرير الورقة الرسمية أى يكون مختصا اختصاصا موضوعيا بتحريرها •

---

(١) يقابل هذا النص فى فرنسا المادة ٨ من القانون الصادر فى ٢٥ Ventôse السنة الحادية عشر •

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٤٠ ، ص ٨٧٤ • ولا يجوز كذلك للموثق أن يكون مستفيدا من العقد الذى يوثقه ولو لم يكن هو طرف فيه • كالمستفيد فى الاشتراط لمصلحة الغير مثلا • راجع : بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٨٤ ، ص ٢٥٥ •

(٣) بودان وبيرو ، فقرة ١١٨٤ ، ص ٢٥٥ •

(٤) بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٤٥ ، ص ٨٨٠ والأحكام المشار اليها •

وبحسب المادة الثانية من قانون التوثيق فان الموثق يختص بتلقى المحررات واثباتها فى الدفاتر المعدة لذلك ، وحفظ أصولها وموافاة المكتب الرئيسى بصور منها ،واعطاء ذوى الشأن صورها • وكذلك يختص بوضع الصيغة التنفيذية على صورة المحررات الرسمية الواجبة التنفيذ • وهو بجانب ذلك يختص بالتصديق على التوقيع فى الأوراق العرفية وهو اجراء لازم لامكان شهرها حسب قانون الشهر العقارى ، ويختص أخيرا باثبات التاريخ فى الأوراق العرفية •

٦٥ - اختصاص الموظف العام من حيث المكان :

تنص المادة الرابعة من قانون التوثيق على أنه « لا يجوز للموثق أن يباشر عمله الا فى دائرة اختصاصه » • والقيد هنا وارد على الموثق وليس على ذوى الشأن • ولذلك فان القيد المكانى يكاد يتصل بفكرة الولاية أكثر من اتصاله بفكرة الاختصاص المكانى • فالموثق لا يستطيع أن يباشر عملية التوثيق فى مكتب غير المكتب المعين فيه أو المنتدب فيه • والسبب فى ذلك انه يفقد ولايته خارج مكان اختصاصه • أما بالنسبة لذوى الشأن فان الاختصاص المكانى لا يقيدهم ، فيجوز لشخص مقيم فى القاهرة أن يوثق عقده أمام مكتب للتوثيق بالاسكندرية او فى أى مكان آخر • وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لقانون التوثيق أنه « ولابد من التنبيه هنا الا انه لم يرد بتحديد اختصاص كل مكتب اجبار ذى الشأن على أن يتقدم بمحرره الى مكتب بعينه ، بل له أن يتقدم به الى أى مكتب يشاء لتوثيقه • وانما أريد من هذا التحديد منع الموثق فى أحد مكاتب التوثيق من أن يباشر مأمورية التوثيق خارج دائرة اختصاص هذا المكتب » •

ويلاحظ أن مكاتب التوثيق منتشرة فى كل عواصم المحافظات وكل البلاد التى بها محاكم جزئية أو مأموريات للشهر العقارى • وعملية التوثيق تتم داخل مكتب التوثيق ، الا اذا كان ذى الشأن لا يستطيع لأسباب جوهرية الحضور الى مكتب التوثيق ففى هذه الحالة يجوز أن ينتقل اليه الموثق بعد أن يدفع الرسم الخاص بالانتقال ويثبت ذلك فى الدفاتر المعدة لهذا الغرض(١) •

(١) راجع المادة ١٣ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق •

٣ ـ مراعاة الأوضاع القانونية فى تحرير الورقة الرسمية

٦٦ ـ الأوضاع المعمول بها امام مكتب التوثيق :

ينص قانون التوثيق وكذلك لا تحته التنفيذية على الأوضاع الواجب مراعاتها ، سواء قبل توثيق الورقة الرسمية أو أثناء توثيقها أو بعد توثيقها •

فينبغى قبل توثيق الورقة الرسمية أن يدفع الرسم الخاص بتوثيقها(١)• وينبغى أيضا أن يتحقق الموثق من شخصية أصحاب الشأن عن طريق شاهدين بالغين عاقلين معروفين لديه أو ثابتة شخصيتهم بمقتضى أوراق رسمية(٢) • وينبغى أن يتحقق الموثق كذلك من أهلية أطراف الورقة فى ابرام التصرف المراد ابرامه(٣) • واذا كان العقد يتم بطريق النيابة فينبغى التحقق من أن ابرامه يدخل فى حدود سلطة النائب سواء كان وكيلا أو وصيا أو غير ذلك • وينبغى أن يتحقق الموثق أخيرا من رضاء أصحاب الشأن بالورقة المطلوب توثيقها(٤) •

أما الأوضاع الواجب مراعاتها فى عملية التوثيق ذاتها فاهمها أن يكون التصرف موضوع المحرر مكتوبا بخط واضح باللغة العربية(٥) بغير كشط أو اضافة أو تحشير • والمحرر يتم اعداده عادة مقدما بواسطة ذوى الشأن أو محاميهم ويقوم الموثق بتلاوته عليهم وعلى الشهود ثم يتم توثيقه بعد ذلك من الموثق نفسه والشهود وأصحاب الشأن •

وينبغى أن تذكر فى صلب المحرر بيانات عامة هى السنة والشهر واليوم والساعة التى تم فيها التوثيق ويكون ذلك بالأحرف ، وأن يذكر اسم الموثق ولقبه ووظيفته . وأن يذكر ما اذا كان التوثيق قد تم فى المكتب أو فى أى مكان آخر ، ويذكر أسماء الشهود ، ويذكر أسماء أصحاب الشأن وأسماء

---

(١) راجع المادة ٣ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق •

(٢) راجع المادة ٧ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق •

(٣) راجع المادة ٥ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق •

(٤) راجع المادة ٦ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق •

(٥) اذا كان أحد المتعاقدين يجهل اللغة العربية فانه يستعين بمترجم ملم بها على شرط أن يرضى به الطرف الآخر ، ويجب ذكر اسم المترجم وتوقيعه على الورقة • راجع المادة ١١ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق ومذكرتها الايضاحية •

آبائهم واجدادهم لآبائهم وصناعتهم ومحال ميلادهم واقامتهم وأسماء وكلائهم ومن تقضى الحاجة بوجودهم للمعاونة فيما اذا كان أحد ذوى الشأن ضريرا أو ضعيف البصر أو أبكم أو أصم أو لا يتكلم اللغة العربية • وفى هذه الفروض فان المعاون يوقع على الورقة مع من يعاونه من ذوى الشأن(١) •

أما الأوضاع الواجب مراعاتها بعد انتهاء عملية التوثيق فهى حفظ أصل الورقة بحسب رقمها فى ملفات خاصة بذلك(٢) ، وارسال صورة منها الى المكتب الرئيسى بالقاهرة لحفظها فيه(٣) ، وتسلم صورة منها لأصحاب الشأن بعد دفع الرسم(٤) • ولا يجوز تسليم صورة منها للغير الا بعد الحصول على اذن من قاضى الأمور الوقتية التى يقع مكتب التوثيق فى دائرتها(٥) • واذا كانت الورقة الرسمية واجبة التنفيذ . فتسلم منها الصورة التنفيذية موضوعة عليها الصيغة التنفيذية • ولا يجوز تسليم صورة تنفيذية أخرى الا بقرار من قاضى الأمور المستعجلة(٦) •

هذه هى الأوضاع الواجب مراعاتها فى تحرير الورقة الرسمية أمام مكاتب التوثيق ، وهى المكاتب التى يتم امامها تحرير معظم الأوراق الرسمية التى تستخدم فى الاثبات(٧) •

---

(١) راجع المادة ١٢ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق •

(٢) راجع المادة ١٨ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق •

(٣) راجع المادة ٢٠ من اللائحة التنفيذية والمادة ٢ فقرة ٤ من قانون التوثيق •

(٤) راجع المادة ١٩ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق •

(٥) راجع المادة ٨ فقرة ٢ من قانون التوثيق •

(٦) راجع المادة ٢ بند ٣ والمادة ٩ من قانون التوثيق •

(٧) راجع بالنسبة لاجراءات التوثيق الواجب مراعاتها بالنسبة للمأذونين . لائحة المأذونين الصادر بها قرار وزير العدل المنشور بالوقائع المصرية فى ١٩٥٥/١/١٠ . عدد ٣ ملحق والمعمول بها من تاريخ نشرها • وراجع بالنسبة للموثقين المنتدبين فى علاقات الأسرة للمصريين غير المسلمين : لائحة الموثقين المنتدبين ، الصادر بها قرار وزير العدل المعمول به ابتداء من أول يناير ١٩٥٦ •

٤ - الجزاء على مخالفة شروط صحة الورقة الرسمية

٦٧ - الجزاء هو البطلان :

اذا لم يراعى فى تحرير الورقة الرسمية شرط من الشروط الثلاثة السابق ذكرها وهى أن يتم تحريرها بواسطة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة فى حدود سلطته واختصاصه الموضوعى وكذلك فى حدود اختصاصه المكانى ، ومع مراعاة الاوضاع التى يقتضيها القانون فى تحريرها، فان الورقة تكون باطلة باعتبارها ورقة رسمية ٠

ومع ذلك فانه تنبغى التفرقة بين بطلان الورقة كدليل اثبات ، وبين بطلان التصرف الذى تتضمنه هذه الورقة(١) ٠ فعدم مراعاة شروط تحرير الورقة الرسمية يؤدى الى بطلانها كدليل اثبات ، ولكن لا يؤدى الى بطلان التصرف الذى تضمنته هذه الورقة ٠ بل يظل هذا التصرف صحيحا اذا توافرت شروط انعقاده وصحته ، ويظل أيضا من الممكن اثباته بما يقوم مقام الكتابة كالاقرار أو اليمين ، بل وعن طريق الورقة الرسمية الباطلة ذاتها اذا أمكن اعتبارها ورقة عرفية على النحو الذى سنذكره فيما بعد ٠

وجدير بالذكر أن بقاء التصرف قائما رغم بطلان الورقة الرسمية لا ينطبق على الحالات التى يكون فيها التصرف هو ذاته تصرفا شكليا اقتضى القانون ابرامه فى الشكل الرسمى كالرهن الرسمى(٢) أو الهبة ٠ ففى هذه الحالة تكون الرسمية عنصرا من عناصر تكوين التصرف ذاته ، لا مجرد دليل اثبات ٠ وبالتالى فان بطلانها يؤدى الى بطلان التصرف ذاته(٣) ٠

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ١٣٧ ، وقد قضت محكمة النقض بأن رد وبطلان عقد البيع المطعون فيه بالتزوير لا يعنى بطلان الاتفاق ذاته ، وانما بطلان الورقة المثبتة له ، نقض ١٩٦٥/١١/١٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ١١٠٥ ٠

(٢) راجع فى موضوع الرسمية فى الرهن الرسمى : كتابنا فى التأمينات الشخصية والعينية ، فقرة ٦٠ ، ص ١٣٦ وما بعدها ٠

(٣) مازو وتى ودينو ، ج ١ ، فقرة ٢٢٨ ، ص ٣٦٢ ٠ وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أنه « ولما كانت صحة الدليل غير منفكة عن صحة التصرف نفسه ان اشترط للرضا فيه شكل خاص ، فغنى عن البيان ان هذه الفقرة لا تنطبق على التصرفات التى تشترط فيها الرسمية بوصفها ركنا من اركان الشكل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٣٥٣) ٠ والفقرة المشار اليها هى تلك التى تقرر أن الورقة الرسمية الباطلة تصلح كورقة عرفية اذا كان موقعا عليها من ذوى الشأن ٠

واذا كان بطلان الورقة الرسمية لا يحول دون بقـــاء التصرف الذى تضمنته هذه الورقة صحيحا ـ فيما عدا الاستثناءات الخاصة بالعقود التى يشترط القانون الرسمية لاثباتها ـ فان هذا البطلان لا يحول دون اثبات هذا التصرف عن طريق الورقة الرسمية الباطلة ذاتها طبقا لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الاثبات ، ونصها « ... فاذا لم تكتسب هذه المحررات صفه الرسميه ، فلا يكون لها الا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم » . ويشترط لانطباق هذا النص أن يكون جميع أصحاب الشأن قد وقعوا عليها ، أما اذا وقع عليها بعضهم دون البعض الآخر فان الورقة لا تعتبر حتى مجرد ورقة عرفية(١) .

أما اذا كان جميع أصحاب الشأن قد وقعوا على الورقة فانها تعتبر فى هذه الحـــالة ورقة عرفيـــة . ويعتبر عـــذا الحكم تطبيقا لنظرية التحول التى طبقها المشرع على تحول العقد فى المادة ١٤٤ من القانون المدنى ، وهى تنطبق هنا مرة أخرى على تحول الدليل الباطل الى دليل صحيح ، طالما أن الدليل الباطل قد تضمن جميع أركان الدليل الصحيح(٢) .

ويلاحظ أن تحول الورقة الرسمية الباطلة الى ورقة عرفية صحيحة يتحقق بغض النظر عن أن يكون العيب فى الورقة الرسمية قد أدى الى انعدامها أو أدى الى بطلانها . فالتفرقة بين الانعدام والبطلان لا وجود لها فى هـــذا المجال ، وذلك على خلاف الوضع فى القانون الفرنسى وعلى خلاف ما قررته المذكرة الايضاحية للمشروع الابتدائى للقانون المدنى متأثرة فى ذلك بأحكام القانون الفرنسى ، وهى أحكام قد عدلت بعد ذلك ، ولم تعد المذكرة الايضاحية للمشروع الابتدائى ملائمة لنصوص التقنين وكان الواجب كما يقول البعض حذفها من الأعمال التحضيرية(٣) .

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة ، ص ٨٨ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، جـ ٢ ، ص ١٣٦ .

(٣) عبد الرزاق السنهورى ، جـ ٢ ، ص ١٤٢ . وتكون الورقة الرسمية معدومة فى نظر المذكرة الايضاحية المشار اليها فى المتن وبالتالى لا يجوز أن تتحول الى ورقة عرفية اذا كان الموظف العام غير مختص بالنسبة لطبيعة الورقة (كما لو تلقى أحد المحضرين عقد بيع) ، أو

واذا تحولت الورقة الرسمية الباطلة الى ورقة عرفية صحيحة فان قيمتها فى الاثبات تكون هى قيمة الورقة العرفية وبصفة خاصة فانه لا يحتج بتاريخها فى مواجهة الغير ٠

المبحث الثانى

حجية الورقة الرسمية فى الاثبات

٦٨ - حجية الورقة الرسمية فى مواجهة الكافة :

للورقة الرسمية حجية فى الاثبات فى مواجهة الكافة ٠ ويشمل ذلك حجيتها فيما بين المتعاقدين ، وحجيتها فى مواجهة الغير ٠ ومع ذلك فتجب التفرقة بين الوقائع التى اثبتها الموثق مما جرى تحت بصره وتم على يديه ، وهذه تكون حجيتها مطلقة ولا يجوز الطعن فيها الا عن طريق الطعن بالتزوير، وبين الوقائع التى أثبت الموثق انه تلقاها من ذوى الشأن ، وهذه يجوز الطعن فيها عن طريق اثبات عكسها دون حاجة الى الطعن فى الورقة ذاتها بالتزوير(١) ٠

ويلاحظ أن حجية الورقة الرسمية لا تتوقف على الاقرار بها ٠ وكما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فان « الورقة الرسمية تكون حجة بكل ما يلحق به وصف الرسمية فيها ، دون حاجة الى الاقرار بها ، على نقيض الورقة العرفية فهى لا تكون حجة بما فيها قبل الاقرار بها »(٢) ٠

وحجية الورقة الرسمية لا تقتصر على أصلها فقط بل تمتد كذلك الى صورها على النحو الذى سنوضحه فيما بعد ٠

وجدير بالذكر أن الورقة الرسمية تفترض صحتها الى أن يقوم الدليل

حيث يكون هذا الموظف قد أغفل التوقيع على الورقة ، أو اذا كان الموظف قد تدخل بوصفه طرفا فى العقد ٠ راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٢٥٣ ٠ وغنى عن الذكر أن هذا الرأى لا يمكن قبوله لأن مجرد توقيع أصحاب الشأن على الورقة يجعلها ورقة عرفية صحيحة حتى ولو لم يوقع عليها الموثق أو لم يكن الموثق مختصا من ناحية الموضوع بتوثيقها ٠

(١) مارتى ورينو ، ج ١ ، فقرة ٢٣١ ، ص ٣٦٥ ٠

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٣٥٥ ، فى نفس المعنى : بودان وبرو ، ج ٩ فقرة ١١٩١ ، ص ٢٦٢ ٠

على تزويرها • ومع ذلك فالقاضى أن يحكم بعدم صحة الورقة الرسمية من تلقاء نفسه بحسب ما يستظهره فيها من عيوب مادية تطبيقا لنص المادة ٢٨ من قانون الاثبات التى تقرر أن « للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية فى المحرر من اسقاط قيمته فى الاثبات أو انقاصها • ـ واذا كانت صحة المحرر محل شك فى نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذى صدر عنه أو الشخص الذى حرره ليبدى ما يوضح حقيقة الأمر فيه »(١) •

وندرس فيما يلى حجية الورقة الرسمية فيما بين المتعـــاقدين ، وفى مواجهة الغير ، وكذلك حجية صورة الورقة الرسمية •

١ ـ حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين

٦٩ ـ التفرقة بين ما وقع تحت بصر الموثق وسمعه وبين ما تلقاه من ذوى الشأن :

نصت المادة ١١ من قانون الاثبات على أن « المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا » • وهذا النص يقرر حجية الورقة الرسمية فى مواجهة الكافة ، أى فيما بين المتعاقدين وكذلك فى مواجهة الغير • وهو لا يجيز الانقاص من هذه الحجية الا عن طريق الطعن فى الورقة بالتزوير بالطرق المقررة قانونا • ومع ذلك فان هذا النص لا ينطبق الا على الوقائع التى تمت على يد الموثق أى التى وقعت تحت بصره ، سواء كان هو الذى قام بها ، أو كان ذوو الشأن هم الذين قاموا بها أمامه • أما الوقائع الأخرى التى تلقاها الموثق من ذوى الشأن وهى تلك التى وقعت تحت سمعه دون أن تقع تحت بصره ، فلا تكون لها نفس الحجية

---

(١) ونظرا لندرة هذا الفرض فان المبدأ المقرر هو افتراض صحة الورقة الرسمية • راجع: أوبرى ورو ، ج ١٢ ، رقم ٧٥٥ ، هامش ٥٧ ، بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٩١ ، ص٢٦٣ • وقد قضت محكمة النقض بأن حق المحكمة فى الحكم بتزوير الورقة المقدمة اليها ولو لم يدع امامها بالتزوير لا يعتبر قضـــاء بما لم يطلبه الخصوم • نقض ١٩٦٥/٦/٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ٦٧٨ •

في الاثبات ، بل يجوز دحضها عن طريق اثبات عكسها دون حاجة الى الطعن في الورقة بالتزوير ٠

٧٠ - ضرورة الطعن بالتزوير عند انكار ما وقع تحت بصر الموثق وسمعه :

الورقة الرسمية تكون حجة فيما اثبت الموثق انه تم على يديه ، أى وقع تحت بصره وسمعه ٠ ويشمل ذلك نوعين من الوقائع : الأول خاص بالوقائع التى قام بها الموثق بنفسه ، كذكر تاريخ وساعة تحرير الورقة ، وذكر تحقق الموثق من أطراف الورقة من حيث أسمائهم وأهليتهم ورضائهم ، وذكر تحقق الموثق من أسماء الشهود وأسماء من استعان بهم أصحاب الشأن ، وذكر أن التوثيق تم فى المكتب أم فى جهة أخرى ٠ أما النوع الثانى من الوقائع فهو ما قام به ذوو الشأن أمام الموثق سواء أكان ذلك عن طريق القول أو عن طريق الفعل ، كأن يقرر البائع أنه قبل البيع بالثمن المذكور ، ويقر المشترى انه قبل الشراء بنفس الثمن ، وكأن يقر البائع أنه تسلم الثمن ويقر المشترى أنه تسلم المبيع ، أو كأن يثبت الموثق توقيع ذوى الشأن والشهود على الورقة أمامه(١) ٠

ولا يكفى حتى تكتسب البيانات التى ذكرها الموثق حجية الى حين الطعن فيها بالتزوير أن تكون متعلقة بالوقائع التى تمت على يد الموثق ، بل يجب أن يكون اثبات هذه الوقائع مما يدخل فى مهمة الموثق ٠ فاذا أثبت الموثق أن المتعاقد كامل الأهلية بمجرد الاطلاع على تاريخ ميلاده فلا حاجة للطعن بالتزوير فى المحرر لاثبات أن المتعاقد مصـــاب بجنون أو عته أو غير ذلك من عوارض الأهلية(٢) ٠

وبصفة عامة فان الطعن بالتزوير يكون لازما اذا كان انكـــار ما جاء بالورقة الرسمية فيه مساس بأمانة الموثق ٠ أما اذا كان الطعن لا يمس أمانة

---

(١) راجع فى هذا الموضوع : بلانيول وريبير وجاوبلد ، ج ٩ ، فقرة ١٤٥٢ ، ص ٨٨٧ وما بعدها ، بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٩٣ ، ص ٢٦٥ ، مارتى ورينو ، ج ١ ، فقرة ٢٣١ ، ص ٣٦٦ ٠

(٢) نقض ١٩٣٧/١١/١١ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٤٢١ ، فقرة ٩٧ . فى نفس المعنى ، بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، ص ٨٨٩ ٠

الموثق فيجوز اثبات عكسه دون حاجة الى الطعن فى الورقة بالتزوير ويصدق ذلك على كل ما تلقاه الموظف من ذوى الشأن أنفسهم(١) ٠

٧١ - عدم الحاجة الى الطعن بالتزوير لاثبات عكس ما تلقاه الموثق من ذوى الشأن :

تطبيقا للمعيار السابق ذكره فى الفقرة السابقة فان الطعن فى الورقة الرسمية اذا كان لا يمس أمانة الموظف فلا تكون هناك حاجة الى الطعن بالتزوير لاثبات عكسها ، بل يجوز اثبات العكس طبقا لما تقرره قواعد الاثبات من جواز اثبات عكس الثابت بكتابة عن طريق أخرى أو عن طريق مبدأ ثبوت بالكتابة معزز بالشهادة أو القرائن ٠

وعلى هذا النحو فان كل ما يتعارض مع ما قرره الموثق بأنه وقع أمامه وتحت سمعه وبصره لا يجوز دحضه الا عن طريق الطعن فى المحرر بالتزوير أما ما يتعارض مع ما تلقاه الموظف من ذوى الشأن مما لا يستطيع الموثق التحقق من صحته أو عدم صحته فيجوز اثبات عكسه بالطرق المعينة فى القانون على النحو السابق ذكره ، وفيما يتعلق بما يذكره أصحاب الشأن أمام الموثق تجب التفرقة بين واقعة صدور المعلومات من ذوى الشأن وهذه تتم على يد الموثق وتقع تحت سمعه وبصره ، وبين مضمون هذه المعلومات ، وهذه لا يستطيع الموثق التحقق من صدقها ، ولا يقع العلم بها تحت حسه ٠ ولذلك فان انكارها لا يمس أمانة الموثق وبالتالى يجوز الانكار دون حاجة الى الطعن فى الورقة بالتزوير ٠ ولتوضيح ذلك اذا أثبت الموثق أن البائع أقر أمامه بأنه استلم الثمن ، أو أنه رأى المشترى يدفع الثمن الى البائع ، فان هذه الواقعة لا يجوز انكارها فى ذاتها بغير الطعن فى الورقة بالتزوير ٠ أما اذا أنكر أحد الخصوم حقيقة هذه الواقعة بان ادعى أنها واقعة صورية ، وأن البائع أقر باستلام الثمن دون أن يكون قد استلمه فعلا ، أو أن المشترى دفع للبائع الثمن أمام الموثق من نقود البائع نفسه التى تسلمها منه قبل المثول أمام الموثق ، فان الادعاء بذلك لا يمس أمانة الموثق ولذلك فهو يجوز دون

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ، جـ ٧ ، فقرة ١٤٥٢ ، ص ٨٨٩ ٠

حاجة الى الطعن فى الورقة بالتزوير(١) ٠

وكذلك فان الطعن في التصرف ذاته بالابطال لعيب من عيوب الرضا أو نقص في الأهلية ، أو الطعن فيه بالبطلان لعدم مشروعية السبب أو المحل أو غير ذلك ، فلا يمس أمانة الموثق ولا يتعلق بعمل قام به الموثق فى حدود وظيفته ، ولذلك فهو جائز دون حاجة الى الطعن فى الورقة بالتزوير(٢) ٠

٢ - حجية الورقة الرسمية بالنسبة الى الغير

٧٢ - تطبيق التفرقة السابقة :

الورقة الرسمية ليست لها كدليل اثبات حجية فى ذاتها بالنسبة الى الغير ، وانما هى تستمد حجيتها من التصرف الذى تمت هذه الورقة لاثباته ٠ والتصرف القانونى تكون له أحيانا حجية فى مواجهة دائن المتصرف وكذلك خلفه الخاص ٠ وفى هذه الحالة ، تكون للورقة الرسمية باعتبارها دليل اثبات التصرف المذكور حجية فى مواجهة الدائن أو الخلف الخاص ٠ فاذا باع شخص عقارا لشخصين مختلفين فى نفس الوقت ، أحدهما بعقد رسمى والآخر بعقد عرفى ، وقام المشترى بالعقد العرفى بتسجيل عقده أولا ، فانه يتقدم فى هذه الحالة على المشترى بالعقد الرسمى ولا تكون الورقة الرسمية حجة على المشترى بالعقد العرفى المسجل ، لأن العبرة فى التفضيل بين أكثر من مشتر واحد تكون بالاسبقية فى التسجيل ٠ وفى هذا المثال رغم رسمية عقد البيع غير المسجل الا أنه لا يحتج بالرسمية فى مواجهة المشترى بعقد مسجل لأن التصرف الذى تم تحرير الورقة الرسمية من أجل اثباته لا يقوى فى نظر القانون على مزاحمة التصرف الذى تم تسجيله ولو لم يتم اثبات هذا العقد الأخير فى ورقة رسمية بل فى ورقة عرفية ٠

ولكن اذا فرضنا العكس بأن كان المشترى بالعقد الرسمى هو الذى

---

(١) بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٩ ٠ وقضت محكمة النقض بأن استلزام الطعن بالتزوير فى العقد الرسمى لا يكون الا بالنسبة للبيانات التى شاهدها وأثبتها الموظف المختص ٠ نقض ١٩٣٧/١١/١١ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٤٢١ ، فقرة ٩٧ ٠

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، جـ ٢ ، ص ١٥٤ ٠

سجل عقده أولا ، ففي هذه الحالة يفضل هذا المشترى على المشترى الآخر بالعقد العرفي الذى لم يتم تسجيله أو الذى تم تسجيله متأخرا • وفى هذا الفرض تكون للورقة الرسمية حجية فى مواجهة المشترى بالعقد غير المسجل الذى يعتبر دائنا بهذا العقد لبائع العقار •

والمشترى بالعقد غير المسجل لا يستطيع أن ينكر العقد الرسمى المسجل الا بطريق الطعن بالتزوير اذا كان فى انكاره مساس بأمانة الموثق الذى قام بتحرير هذا العقد ، أى اذا كان فى انكاره مساس بصحة الوقائع التى تمت تحت سمع الموثق وبصره ، سواء كان الموثق هو الذى قام بها ، أو كان قد أقر بسماعها عن ذوى الشأن أو برؤيتها تصدر منهم ، وذلك على التفصيل السابق ذكره فى الفقرات السابقة • أما فيما يتعلق بصدق الوقائع التى تلقاها الموثق من ذوى الشأن دون أن يملك القدرة على التحقق منها ، فان الطعن فى ذلك لا يمس أمانة الموثق وبالتالى يجوز انكار هذه الوقائع دون حاجة الى الطعن فى المحرر بالتزوير • فاذا فرضنا أن المشترى بالعقد العرفى غير المسجل أراد أن يطعن فى العقد الرسمى المسجل بعدم حصوله فى التاريخ المذكور فيه أو عدم حصوله فى مكتب التوثيق أو عدم حصول تبادل التعبير عن الارادة كما أثبته الموثق ، أو عدم حصول التوقيع عليه من البائع خلاف ما أثبته الموثق ، فلابد فى كل ذلك من الطعن فى المحرر بالتزوير •

أما اذا كان وجه الطعن الذى يتمسك به المشترى بالعقد العرفى غير المسجل هو أن العقد الرسمى بالرغم من كل ما جاء فيه الا أنه عقد صورى صورية مطلقة(١) ، وانه لم يقصد به انتقال الملكية الى المشترى وأن الثمن

---

(١) المقصود بالعقد الصورى صورية مطلقة هو العقد الذى لا وجود له ، ولا يستر فى نفس الوقت عقدا آخر ، فهو والعدم سواء • أما العقد الصورى صورية نسبية فهو عقد ظاهر أعلنه المتعاقدان للناس ، ليسترا به عقدا آخر هو العقد الحقيقى النافذ بينهما • وحسب قضاء محكمة النقض فان العقد الصورى صورية مطلقة لا ينقل الملكية ولو تم تسجيله . أما العقد الصورى صورية نسبية فانه ينقل الملكية اذا تم تسجيله وكان العقد الخفى النافذ بين المتعاقدين من العقود الناقلة للملكية أيضا كالهبة مثلا • فالبيع الذى يستر هبة هو عقد صحيح تنتقل به الملكية فى الحال الى الموهوب له اذا كان قد تم تسجيله • راجع على سبيل المثال : نقض ، ١٤/٤/١٩٧٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٦١٨ ، نقض ٢١/٥/١٩٧٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٨٨٦ . نقض ٢/١/١٩٦٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ٢٢ ، وكذلك فان الصورية النسبية لا يجوز اثباتها فيما بين المتعاقدين الا بطريق الكتابة ، نقض ٢٣/٢/١٩٦٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ٤٧٨ •

قد دفع أمام الموثق من مال البائع نفسه ، أو أن المشترى استرده بعد انتهاء عملية التوثيق ، فان مثل هذا الطعن لا يمس أمانة الموثق ولذلك يجوز التمسك به دون حاجة الى الطعن فى العقد الرسمى بالتزوير ، ويجوز فى هذه الحالة اثبات صورية العقد الرسمى صورية مطلقة بكل طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن(١) ٠

واذا ثبتت الصورية المطلقة لعقد البيع الرسمى ، فانه يعتبر فى هذه الحالة عقدا معدوما لا وجود له ولا تنتقل به الملكية الى المشترى ، ولا يحتج به فى مواجهة المشترى الثانى الذى لم يسجل عقده ، بل يصبح من حق هذا الأخير أن يسجل عقده ، فتخلص له الملكية وحده ٠

وهكذا فان اثبات الصورية المطلقة يؤدى الى هدم التصرف ذاته ، ولا ينقذ التصرف الصورى صورية مطلقة أى شىء ٠ فلا الرسمية التى تم عن طريقها اثباته ينقذه ، ولا التسجيل الذى تم عن طريقه شهره ينقذه هو أيضا ٠ بل أن هدم التصرف ذاته يؤدى الى هدم كل أثر للورقة الرسمية فى الاثبات ، وكل أثر للتسجيل فيما يتعلق بالاحتجاج بالحق العينى العقارى فى مواجهة الغير(٢) ٠

٣ ـ حجية صور الورقة الرسمية

٧٣ ـ النصوص القانونية :

تنص المادة ١٢ من قانون الاثبات على أنه « اذا كان أصل المحرر الرسمى

---

(١) نقض ١٩٧٠/٤/٢٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٧١٤ ، نقض ١٩٦٩/٢/٦، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ٢٧٠ ، نقض ١٩٦٩/٦/١٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ٩٧٩ ، اذا كانت الصورية نسبية فان اثباتها فيما بين المتعاقدين لا يجوز الا بطريق الكتابة ، نقض ١٩٦٧/٢/٢٣ ، السابق الاشارة اليه ٠

(٢) نقض ١٩٧٠/٥/٢١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٨٨٦ ، نقض ١٩٦٦/٥/٢٦، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ١٢٧١ ، نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٣٦٨ ٠

موجودا فان صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذى تكون فيه مطابقة للأصل • - وتعتبر الصورة مطـابقة للاصل ما لم ينازع فى ذلك أحـد الطرفين • وفى هذه الحـالة تراجـع الصورة على الأصل(١) •

وتنص المادة ١٣ من قانون الاثبات على أنه « اذا لم يوجد أصل المحرر الرسمى كانت الصورة حجة على الوجه الآتى : - (أ) أن يكون للصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للاصل • (ب) ويكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز فى هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصور الأصلية التى أخذت منها • (ج) أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتد به الا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف »(٢) •

٧٤ - الفرق بين الأصل والصورة :

سبق أن ذكرنا أن الورقة الرسمية تحرر من أصل يحفظ فى الملفات المعدة لهذا الغرض وترسل صورة منها الى المكتب الرئيسى بالقاهرة لحفظهـا وتسلم صورة منها لذوى الشأن بعد دفع الرسم(٣) • وهناك فرق بطبيعـة الحال بين الأصل والصورة • فالمقصود بالمحرر الرسمى هو الأصل وليس الصورة • لأن الأصل هو الذى يحمل توقيعات ذوى الشأن والموثق والشهود• أما الصورة فلا تحمل هذه التوقيعات • والصـورة أما أن تكون خطية أو شمسية ، وينبغى أن تكون مطابقة للاصل تماما ويقوم بهذه المطابقة ويشهد عليها موظف رسمى آخر • فالصورة هى أيضا ورقة ورقة رسمية ، ولكنها ورقة رسمية باعتبارها صورة لا باعتبارها أصلا(٤) • وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى فى هذا الصدد : « والأصل فى حجية الورقة الرسمية أن تكون قاصرة على نسختها الأصلية • كمـا تقضى

---

(١) هذه المادة مطابقة لنص المادة ٣٩٢ من القانون المدنى •

(٢) هذه المادة مطابقة لنص المادة ٣٩٣ من القانون المدنى •

(٣) راجع ما سبق ، فقرة ٤٧ •

(٤) عبد الرزاق السنهورى ، جـ ٢ ، ص ١٦٢ •

بذلك صراحة المادة ١٩٢٥ من التقنين الهولندى • ويتفرع على ذلك أن الصور الخطية أو الشمسية ، والصور التنفيذية ، والصور الأولى لا تكون بذاتها حجة فى الاثبات ، مع أن موظفا عاما يستوثق من مطابقتها للأصل • ولهذه العلة ذكر النص على وجه التحديد أن الصور (تكون حجة بالقدر الذى يعترف فيه بمطابقتها للأصل) مع مراعاة القيـــد الآتى : فلذى الشأن من الطرفين أن يطلب مراجعة الصورة على الأصل ، فى مواجهة الطرف الآخر • ومؤدى هذا أن مجرد انكار مطابقة الصورة للأصل ، يكفى للالزام بتقديم الأصل ، ولو لم يكن هذا الانكار معززا بدليل »[1] •

ويظهر من ذلك بوضوح الفارق الجوهرى بين الأصل والصورة • فالأصل يفترض فيه الصحة ولا يجوز انكاره الا عن طريق الطعن بالتزوير ، أما الصورة فان مجرد انكارها ولو بغير دليل يفقدها قيمتها فى الاثبات ويوجب مطابقتها للأصل • وكان النص الوارد فى المشروع التمهيدى للقانون المدنى يجعل عملية المطابقة للأصل أمر جوازى للقاضى • ولكن النص عدل فى لجنة المراجعة بما يجعل المطالبة وجوبية[2] ، ولقد انتقل النص بعد تعديله على هذا النحو الى قانون الاثبات •

أما اذا لم يحدث انكار للصورة فانها تفترض مطابقة للأصل ، وتكون حجة فى الاثبات كالأصل تماما • وقد قضت محكمة النقض أن عدم منازعة الخصم فى مطابقة الصورة الشمسية — وهى صورة رسمية — لأصل ورقة الاعلان ، يجعل من حق المحكمة الاكتفاء بالاطلاع بهذه الصورة فـــلا يعيب حكمها عدم اطلاعها على أصل الورقة[3] •

واذا كانت حجية الصورة أقل من حجية الأصل ، فان حجية الصور فى القوة تختلف أيضا بحسب ما اذا كان الأصل موجودا أو غير موجود •

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٣ ، ص ٣٦١ •

(٢) جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى فى هذا الصدد ما يأتى : « وليس شك فى أن من الأنسب تخويل القاضى سلطة التقدير فى هذا الشأن ، ولا سيما أن شيوع طريقة التصوير الشمسى يقضى على الكثير من أسباب الخطأ فى الصور التى تنقل بالخط أو بالآلة الكاتبة » (مجموعة الاعمال التحضيرية ، جـ ٢٣ ، ص ٣٦١) • وقد ذكرنا فى المتن أن القاضى لا يملك بحسب النص الوارد فى التقنين المدنى ، أو فى قانون الاثبات ، ســـلطة تقديرية فى هذا الشأن •

(٣) نقض ١٩٦٨/٢/١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٩ ، ص ١٩٥ •

٧٥ - حجية الصورة اذا كان الأصل موجودا :

الغالب أن يكون أصل الورقة الرسمية موجودا ومحفوظا فى الملفات المعدة لهذا الغرض كما سبق أن ذكرنا ذلك من قبل • وفى هذه الحالة يكون من السهل التحقق من مطابقة الصورة للأصل • ولهذا السبب أيضا فان المشرع وضع فى المادة ٢/١٢ من قانون الاثبات قرينة قانونية بسيطة مؤداها اعتبار الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع فى ذلك أحد الطرفين • والصورة التى تكتسب حجية الأصل طبقا لهذه القرينة ، هى الصورة الرسمية ، أى الصورة التى شهد موظف عام مختص على مطابقتها للأصل • ولا أهمية بعد ذلك أن تكون هذه الصورة هى الصورة التنفيذية ، أو أن تكون صورة غير تنفيذية ، ولا أهمية لكون الصورة الغير تنفيذية مأخوذة من الأصل مباشرة أو مأخوذة من صورة مأخوذة من الأصل ، مهما تعددت الصور الوسيطة بين الأصل وبين الصورة التى يتم التمسك بها(١) • ولا أهمية لكون الصورة الرسمية مكتوبة بخط اليد أو مصورة بطريقة فوتوغرافية •

ولكن حجية الصورة الرسمية فى كل هذه الفروض هى حجية مؤقتة ، تزول فورا بمجرد انكارها من أحد الطرفين ولو بغير الاستناد الى دليل • وفى هذه الحالة يتعين الرجوع الى الأصل لمطابقته على الصورة ، ويصبح دليل الاثبات فى هذا الفرض هو الأصل وليس الصورة(٢) •

٧٦ - حجية الصورة اذا لم يكن الأصل موجودا :

اذا فقد الأصل بسبب حريق أو سرقة أو تلف أو غير ذلك - وهذا فرض نادر(٣) - فان صورة الورقة الرسمية تصبح هى دليل الاثبات الوحيد الممكن تقديمه ، ولذلك فان القانون يعترف للصورة الرسمية بحجية فى

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٦٣ ١

(٢) راجع نفس الحكم فى القانون الفرنسى : بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٩٨ ، ص ٩٤٦ ، بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٩٥ ، ص ٢٦٩ . مازنى وريشو ، ج ١ ، فقرة ٢٣٩ ، ص ٣٧٦ •

(٣) جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى انه « يقع على من يتمسك بالصورة الخطية أو الشمسية عبء اقامة الدليل على فقد الأصل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٣٦٥) •

الاثبات تختلف قوتهـــا بحسب ما اذا كانت الصورة هى الصورة الرسية الأصلية أم انها صورة رسمية مأخوذة عن الصورة الأصلية • فهناك اذن ثلاث درجات تتراوح بينها الصورة الرسمية فى قوة الاثبات •

(١) حجية الصورة الرسمية الأصلية تنفيذية أو غير تنفيذية : الأصل وهو ما يسمى بالفرنسية Minute أو original لا يسلم لذوى الشأن ، بل تسلم اليهم الصورة الأصلية وهى اما أن تكون تنفيذية grosse أو صورة أصلية أولى غير تنفيذية Première expédition وهى تسلم عقب توثيق المحرر مباشرة ، أو صورة أصلية بسيطة Simple expédition (١) وهى تسلم بعد التوثيق في أى وقت لمن يطلبها من الخصوم ، ويجوز كذلك تسليمها للغير ، بعد الحصول على اذن من قاضى الأمور الوقتية فى المحكمة التى يقع مكتب التوثيق في دائرتهـــا(٢) • وتعتبر صورة رسمية أصلية كذلك الصورة التى تحرر فى حالة تسليم الأصل لقلم الكتـــاب بالمحكمة للرجوع اليها فى احدى الدعاوى المرفوعة متى كانت ممضـــاة من القاضى المنتدب للتحقيق والكاتب والموظف الذى سلم الأصل • وهذه الصورة تحفظ فى مكتب التوثيق وتقوم مقام الأصل الى حين اعادة الأصل(٣) •

فى كل هذه الحالات فان الصورة الرسمية تعتبر صورة رسمية أصلية• فاذا لم يكن الأصل موجودا كانت للصورة حجية الأصل متى كان مظهرها

---

(١) يلاحظ انه رغم الاختلاف فى الصياغة بين نصوص قانون الاثبات المنقولة عن القانون المدنى الجديد وبين نص القانون المدنى القديم ، فان الأحكام تكاد تكون واحدة ، باستثناء حالة الصورة الأصلية البسيطة ، فان حكمها فى القانون القديم أن حجيتها تتوقف على تقدير القاضى الذى قد يعتبرها فى حكم الأصل ، وقد ينزل بها الى درجة مبدأ الثبوت بالكتابة • راجع : عبد الرزاق السنهورى ص ١٧١ وما بعدها ، عبد المنعم فرج الصدة ص ٦٩ • والقانون المدنى القديم هو الذى يسرى على المحررات التى تم توثيقها فى ظله • وتنص المادة ٢٩٦/٢٣٠ من القانون القديم على انه « اذا عدم المحضر صور سندات غير صورها واجبة التنفيذ وهى صورها الاولى ، وعدم ايضا الأصل ، وكانت الصور المذكوره محررة بمعرفة احد المأمورين العموميين ، فللقاضى النظر فى درجة اعتماد تلك الصور • وعلى كل حال فانها تعتبر فى مقام مبادىء الثبوت بالكتابة •

(٢) م ٨ من قانون التوثيق •

(٣) م ٣٩ من قانون الاثبات ، م ٢/١٠ من قانون التوثيق •

الخارجي لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل[1] •

ونظرا لعدم وجود الأصل ، فان حجية الصورة تكون فى هذه الفروض مستمدة من ذاتها وليس من مطابقتها للأصل • ويرى البعض ان الأخذ بهذا الحكم ينطوى على قدر كبير من الجرأة « اذ قد تكون الورقة خالية من الشوائب فى مظهرها الخارجي ولكنها لا تطابق الأصل • وعدم وجود هذا الأصل سيكون حائلا دون تحقيق صحتها • واعطائها قوة الأصل فيه خطورة كبيرة »[2] •

أما اذا كان مظهر الصورة الرسمية الأصلية يثير الشك فى مطابقتها للأصل فيجب فى هذه الحالة اطراحها وعدم اعطائها حجية الأصل ، مع اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة اذا توافرت شروط ذلك •

(٢) **حجية الصورة الرسمية المأخوذة عن الصورة الأصلية** : الصورة الرسمية فى هذا الفرض مأخوذة لا عن الأصل ولكنها مأخوذة عن الصورة الأصلية أيا كان نوع الصورة الأصلية تنفيذية أو غير تنفيذية • وفى هذه الحالة تكون للصورة الرسمية نفس قوة الصورة الأصلية المأخوذة عنها • وقد سبق أن رأينا أن الصورة الأصلية تكون لها نفس قوة الأصل ، أى أن الصورة الرسمية تكون لها هنا أيضا نفس قوة الأصل • ولكنها لا تستمد قوتها من ذاتها ، بل تستمد قوتها من افتراض مطابقتها للصورة الأصلية ، فاذا أنكر أحد الخصوم هذه المطابقة فقدت الصورة حجيتها ووجب اجراء مطابقتها بالصورة الأصلية المأخوذة عنها ، ويصبح دليل الاثبات بعد هذه المطابقة هو الصورة الأصلية ، وليست الصورة الرسمية المأخوذة عنها والتى أنكرها أحد الخصوم •

أما اذا لم يمكن اجراء عملية المطابقة بسبب فقد الصورة الأصلية ، فان

---

(١) يضيف القانون الفرنسى الى الحالات المذكورة فى المتن ، حالة ما اذا كان قد تم تحرير الصورة فى حضور الخصوم وبموافقتهم ، أو اذا قام الموثق أو خلفاؤه بتحرير الصورة من الأصل القديم الذى مضت أكثر من ثلاثين سنة على تحريره • واجع : مارتى ورينو ، ج ١ ، ص ٣٧٦ •

(٢) راجع مناقشات لجنة القانون المدنى فى الأعمال التحضيرية ، جـ ٣ ، ص ٣٦٦ ، عبد الرزاق السنهورى ، جـ ٢ ، ص ١٦٨ •

الصورة الرسمية المأخوذة عنها لا تكون لها حجية في الاثبات الا على سبيل الاستئناس(١) ٠

(٣) حجية الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة المأخوذة من الصورة الأصلية : الصورة الرسمية فى هذا الفرض هى صورة ثالثة ، فهى صورة صورة الصورة بالنسبة للأصل ٠ وحجيتها لذا السبب ضعيفة ٠ فهى يؤخذ بها فقط على سبيل الاستئناس شأنها فى ذلك شأن القرائن(٢) ٠ وهى لا تقوم بشأنها قرينة مطابقتها للصورة الأصلية ٠ كما أنه لا فائدة من اثبات مطابقتها للصورة المأخوذة عن الصورة الأصلية ٠ لأنه بفرض هذه المطابقة فان قيمة الصورة الثالثة فى الاثبات لا تزيد شيئا ٠

أما اذا تمت مطابقتها بالصورة الأصلية ، فهنا تكون الحجية مستمدة من الصورة الأصلية ، ونكون قد انتقلنا من هذا الفرض الثالث الى الفرض الأول الخاص بالصورة الأصلية ٠

وبهذا نكون قد انتهينا من جميع الفروض الخاصة بحالة ما اذا كان الأصل غير موجود ٠ وقد رأينا أن حجية الصورة الرسمية تختلف بحسب ما اذا كانت هى الصورة الأصلية ٠ أما اذا كان الأصل موجودا فلا تكون هناك أهمية للتفرقة بين هذه الفروض المختلفة ، لأن الصورة أيا كانت درجتها تعتبر مطابقة للأصل وتكون لها حجية الأصل ما لم ينازع فى ذلك أحد الخصوم فيتعين الرجوع فى هذه الحالة الى الأصل ٠

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ١٦٩ ، ويذهب البعض الى أن الصورة الرسمية تكون فى هذه الحالة مبدأ ثبوت بالكتابة . عبد المنعم فرج الصدة ، ص ١٠٤ ، أحمد نشأت ، ج ١ فقرة ١٧٢ . ص ٢٥٤ ٠ ويذهب البعض الآخر الى اعتبار الصورة الرسمية المأخوذة عن الصورة الأصلية فى حكم الصورة الأصلية اذا كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها لها . سليمان مرقس ، أصول الاثبات ، الطبعة الثانية ، ص ٧ ٠

(٢) ومعنى ذلك انها لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ، راجع : عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ص ١٧١ ٠

الفصل الثانى

الأوراق العرفية

٧٧ - الأوراق العرفية المعدة للاثبات والأوراق العرفية الغير معدة للاثبات :

تنقسم الأوراق العرفية الى قسمين رئيسيين : الأول خاص بالأوراق العرفيـــة المعـدة للاثبـــات Preuves préconstituées وهى ما تسمى بالأدلة المهيأة كالأوراق التى يثبت فيها أصحاب الشأن ابرام عقد أو استلام مبلغ(١) • وهذه الأوراق يجب أن تكون موقعة ممن هى حجة عليه • أما القسم الثانى فهو خاص بالأوراق غير المهيأة للاثبات ولكنها تصلح للاثبات كأدلة عارضـــــــة Preuves casuelles ، وهى لا تكون موقعة من أصحاب الشأن كدفاتر التجار أو الأوراق والدفاتر المنزلية ، وقد تكون موقعة منهم ، كالرسائل وأصول البرقيات •

المبحث الأول

الأوراق العرفية المعدة للاثبات

ندرس الأوراق العرفية المعدة للاثبات من ناحية شروط صحتها ومن ناحية حجيتها فى الاثبات •

١ - شروط صحة الأوراق العرفية

٧٨ - التوقيع هو الشرط الوحيد :

لا يشترط القانون لصحة الورقة العرفية الا شرطا واحدا هوا التوقيع

---

(١) والأوراق المعدة للاثبات تنقسم بدورها الى أوراق أساسية تم تحريرها عند انشاء التصرف • وأوراق تقريرية او تاكيدية هدمها هو تاكيد او تقوية حق سبق التحقق منه • راجع: هلالى ورينو ، ج ١ ، فقرة ٢٢٧ ، ص ٢٦١ •

عليها ممن هى حجة عليه[١] · وتسمى الورقة العرفية فى القانون الفرنسى acte sous seing privé فهى تستمد اسمها من التوقيع عليها ممن يحتج بها عليه · والتوقيع يتم بعيدا عن تدخل أى موظف رسمى ، فهو من هذه الناحية توقيع خاص · والورقة العرفية هى ورقة مكتوبة ، وهى النوع الثانى من الأدلة الكتابية بعد الورقة الرسمية ، وان كانت الورقة العرفية اكثر انتشارا فى العمل ، لأنه قلما يلجأ أصحاب الشأن الى تحرير ورقة رسمية لاثبات المعاملات التجارية بينهم ·

ولا يشترط أن تكون الورقة العرفية مكتوبه باللغة العربية كما هو الشأن فى الورقة الرسمية ، بل تجوز أن تكون مكتوبة بأى لغة أخرى حتى ولو كان موقع الورقة يعرف اللغة العربية أو يتمتع بجنسية عربية[٢] · ولا يشترط أن تكون الورقة مكتوبة بطريقة معينة بالذات ، بل قد تكون مكتوبة بخط اليد أو على الآلة الكاتبة ، أو بطريق التصوير الشمسى أو بطريق الطباعة أو غير ذلك · ومن الجائز أن تكون الورقة مكتوبة بالحبر أو بالرصاص أو بالحبر الجاف أو غير ذلك من المواد · ومن الجائز أن تكون الورقة مكتوبة بخط المدين أو بخط الدائن أو بخط شخص من الغير[٣] ·

والتوقيع يكون بطريق الكتابة وهو ما يسمى الامضاء ، ولكن يجوز أن يكون بطريق الختم[٤] ، أو ببصمة الأصبع[٥] وذلك مراعاة للضرورة

---

(١) ويجب أن يكون التوقيع صادرا من الشخص المنسوب اليه التوقيع نفسه لا من شخص آخر كوالده مثلا · راجع نقض ١٩٤٧/٣/٢٧ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٨ ، فقرة ٩٤ ·

(٢) نقض ١٩٦٨/١/١٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٩ ، ص ١٠٥ ·

(٣) نقض ١٩٦٤/١/٣٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ١٦٦ ·

(٤) نقض ١٩٣٤/٤/٢٦ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٦ ، فقرة ٨٨ ، وقضت محكمة النقض بأن توقيع البائع على العقد بختمه بنفسه أو تكليفه شخصا آخرا بالتوقيع عنه بهذا الختم فى حضوره ورضاه يجعل التوقيع صادرا منه فى الحالين . نقض ١٩٦٦/٦/٢، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ١٣١٤ · وقضت محكمة النقض بأن التوقيع بختم خطأ بدلا من ختم آخر واقعة مادية لا يجوز اثباتها بالبينة الا باثبات رضاء الشخص المقصود التوقيع بختمه بالتعاقد ومطابقة ارادته مع ارادة المتعاقد الآخر · وذلك لا يكون الا بالكتابة اذا زادت نسبة الالتزام الناشىء عن العقد على عشرة جنيهات (عشرين جنيها) : نقض ١٩٦٩/١/١٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ١١١ ·

(٥) قضت محكمة النقض بأن للبصمة قوة الامضاء فى نظر الشارع ، كما أن التوقيع

الناشئة من انتشار الأمية بين الغالبية العظمى من المواطنين • والتوقيع يوضع فى آخر الكتابة الواردة على الورقة حتى ينصرف أثرها الى كل ما هو مذكور فى الورقة • ولا يشترط التوقيع بجانب الاضافات التى تدخل على هذه الورقة ، ويترك تقدير صحة هذه الاضافات الى ما يتبينه القاضى • ولذلك يكون من الأحوط التوقيع أيضا بجانب هذه الاضافات(١) •

واذا كان التوقيع هو الشرط الوحيد لصحة الورقة العرفية ، فهو أيضا الشرط الجوهرى الذى بغير توافره لا تكون للورقة أى حجية فى الاثبات ، الا اذا كانت محررة بخط المدين فتعتبر فى هذه الحالة ـ وكما سنرى فيما بعد ـ مبدأ ثبوت بالكتابة(٢) •

واذا كانت الورقة باطلة كدليل اثبات لعدم التوقيع عليها ، فان ذلك لا يؤدى الى بطلان التصرف ذاته(٣) ، بل يظل التصرف صحيحا ويجوز اثباته بما يقوم مقام الكتابة كالاقرار واليمين •

وجدير بالذكر أن القانون الفرنسى يضع شرطين آخرين لصحة الورقة العرفية بجانب التوقيع عليها ، الشرط الأول هو تعدد النسخ بعدد أصحاب الشأن اذا كانت الورقة مثبتة لعقد من العقود الملزمة للجانبين (م ١٣٢٥ من القانون المدنى الفرنسى) • والشرط الثانى خاص بالتعهدات الملزمة لجانب واحد بدفع مبلغ من النقود أو باداء شيء يمكن تقويمه بالنقود ، ومقتضى هذا الشرط هو ضرورة كتابة المدين بخطه قيمة الالتزام بالحروف لا بالأرقام ، مع وضع عبارة تفيد موافقته على هذه القيمة مثل عبارة bon pour ويغنى عن كتابة هذه العبارة أن يكون المدين قد كتب الورقة كلها بخط يده • والهدف من هذا الشرط الثانى هو الحد من اساءة استعمال التوقيع على

بالامضاء على المحرر ممن صدر عنه لا ينفى التوقيع ببصمة الاصبع أيضا ، نقض ١٩٦٣/١٠/٣١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٤ ، ص ١٠٠٦ ، وراجع أيضا نقض ١٩٦٦/١٠/٢٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ١٥٨٢ •

(١) عبد الرزاق السنهورى ، جـ ٢ ، ص ١٧٨ •

(٢) نقض ١٩٦٩/١/١٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ١١١ •

(٣) نقض ١٩٦٥/١١/١٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ١١٠٥ •

بياض(١) ·

والشرطين الذين يضعهما القانون الفرنسى لا وجود لهما فى القانون المصرى الذى لا يشترط فيه الا شرط واحد هو التوقيع(٢) ·

٧٩ - التوقيع على بياض :

من المتصور أن يثق شخص فى شخص آخر فيوقع له على ورقة بيضاء ويسلمها له ليملاها بمعرفته حسب الاتفاق القائم بينهما ، وهذا ما يسمى بالتوقيع على بياض Blanc seing ، والتوقيع على بياض هو توقيع صحيح ملزم لمن صدر منه ، وهو لا يختلف عن التوقيع المعتاد الا انه سابق على تحرير الورقة ، ولا أهمية فى ذلك طالما أن من صدر عنه التوقيع قد قام بذلك عن علم واختيار · فالتوقيع السابق كالتوقيع اللاحق على تحرير الورقة يجعل الورقة حجة على من صدر منه التوقيع سواء بسواء(٣) ·

ومع ذلك فقد يحدث أن يخون الشخص الذى استلم الورقة الموقعة على بياض الثقة التى منحه اياها الشخص الصادر منه التوقيع ، فيثبت فيها من الوقائع ما لم يحدث الاتفاق عليه · وحكم القانون فى هذه المسألة هو أن الورقة تظل حجة على من صدر منه التوقيع الى أن يقوم باثبات العكس · ولا يجوز اثبات العكس الا بطريق الكتابة ، لأنه لا يجوز اثبات عكس الثابت بكتابة الا بكتابة مثلها ، أو بمبدأ ثبوت بالكتابة معزز بشهادة الشهود · ويعتبر تغيير الحقيقة فى هذه الورقة خيانة للأمانة وليس تزويرا ·

---

(١) مارتى ورينو ، ج ١ ، فقرة ٢٣٢ ، ص ٣٦٧ ، بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٦٣ وما بعدها ، و ص ٩٠١ وما بعدها . أوبرى ورو ، ج ١٢ ، رقم ٧٥٦ ، ص ١٨٨ وما بعدها . بودان ريبرو ، ج ٩ ، فقرة ١١٩٩ ، ص ٢٧٥ وما بعدها ·

(٢) ولا يشترط أن يكون للورقة تاريخ مذكور فيها · ولكن يقع على عاتق من يدعى تاريخا معينا للورقة أن يثبت ما يدعيه · ولذلك قلما تخلو ورقة من ذكر تاريخ تحريرها · راجع : بلانيول وريبير وجابولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٦٠ . ص ٨٩٨ ، عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ١٧٩ · وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تناقض فى القضاء برد وبطلان تاريخ الاقرار المدعى بتزويره مع الاعتداد بفحوى هذا الاقرار ، نقض ٢٨/٥/١٩٧٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ . ص ٩٤٥ ·

(٣) اوبرى ورو ، ج ١٢ ، رقم ٧٥٦ ، ص ١٨٥ ·

اما اذا كان الشخص الذى غير الحقيقة فى الورقة قد حصل عليها بغير طريق مشروع وبغير علم الشخص الصادر منه التوقيع ، فان تغيير الحقيقة يرتفع فى هذا الفرض من درجة خيانة الأمانة إلى درجة التزوير ويجوز بالتالى اثباته بكل طرق الاثبات · وقد قضت محكمة النقض بأن « الأصل فى الأوراق الموقعة على بياض أن تغيير الحقيقة فيها ممن استؤمن عليها هو نوع من خيانة الأمانة ، ومن ثم فانه يرجع فى اثباته الى القواعد العامة ومن مقتضاها أنه لا يجوز اثبات عكس ما هو ثابت فى الورقة الموقعة على بياض الا أن تكون هناك كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة ولا يخرج عن هذا الأصل الا حالة ما اذا كان من استولى على الورقة قد حصل عليها خلسة أو نتيجة غش أو طرق احتيالية أو بأية طريقة أخرى خلاف التسليم الاختيارى فعندئذ يعد تغيير الحقيقة فيها تزويرا يجوز اثباته بكافة الطرق »(١) ·

٢ ـ حجية الأوراق العرفية فى الاثبات

٨٠ ـ حجية الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقع عليها :

تنص المادة ١٤ من قانون الاثبات على أن « يعتبر المحرر العرفى صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط أو امضاء أو ختم أو بصمة · ـ أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الانكـــار ، ويكفى أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الامضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقىعنه الحق · ـ ومن احتج عليه بمحرر عرفى وناقش موضوعه ، لا يقبل منه انكار الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع » ·

ويتضح من هذا النص أن حجية الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقع عليها تختلف عن حجية الورقة الرسمية · فالورقة الرسمية يفترض صدورها ممن وقع عليها ولا يجوز انكار ذلك الا عن طريق الطعن بالتزوير كما سبق أن ذكرنا · وعبء اثبات التزوير يقع على عاتق من ينكر صدور

---

(١) نقض ١٩٦١/٣/٩ . مجموعة المكتب الفنى ، س ١٢ ، ص ٢١٢ . فى نفس المعنى نقض ١٩٦٥/٦/٣ . مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ٦٧٨ ، نقض ١٩٧٠/١/٢٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ . ص ١٧٤ . نقض ١٩٦٦/٦/١٦ . مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ١٣٩٩، نقض ١٩٦٧/٣/١٦ . مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ٦٦٥ ·

التوقيع • أما الورقة العرفية التي لم يشهد موظف عام على صدورها ممن يوجد عليها توقيعه ، لا يمكن أن تكون لها نفس الحجية ، اذ يكفى أن ينكر الشخص المنسوب اليه التوقيع صدور هذا التوقيع منه ، حتى لا يحتج بهذه الورقة عليه ، ويكون على المتمسك بالورقة أن يثبت عن طريق اجراءات تحقيق الخطوط التي سندرسها في الفصل الثالث من هذا الباب ، إن التوقيع الموجود على الورقة هو توقيع الشخص المنسوب اليه التوقيع •

أما اذا اعترف من نسب اليه التوقيع بصدوره منه ، فان الورقة تعتبر في هذه الحالة حجة عليه ، وان جاز أن يطعن فيها بالتزوير •

والفارق بين الادعاء بالتزوير ، وبين انكار التوقيع ، ان الادعاء بالتزوير جائز بالنسبة للاوراق العرفية ، كما أنه الطريق الوحيد للطعن فى الأوراق الرسمية ، أما انكار التوقيع فهو خاص بالأوراق العرفية وحدها (م ٢٩ من قانون الاثبات) • والفارق الآخر بينهما أن المدعى بالتزوير هو الذى يقع عليه عبء اثباته ، أما من ينكر صدور التوقيع منه ، فهو ينقل عبء الاثبات الى المتمسك بالورقة ليثبت هو صحة صدور التوقيع عن طريق اجراءات تحقيق الخطوط • وأخيرا فان الادعاء بالتزوير يمثل مرحلة أخطر وأبعد من انكار التوقيع ، لأن التوقيع قد يكون ثابتا كما هو الشأن فى الأوراق الرسمية ، وكما هو الشأن فى الأوراق العرفية ، التى يعترف فيها صاحب التوقيع بصدوره منه ، أو تسفر فيها اجراءات التحقيق عن صحة صدور التوقيع منه ، ومع ذلك فان الباب يظل مفتوحا للطعن فى الورقة بالتزوير رغم افتراض صحة التوقيع فى الورقة الرسمية أو رغم ثبوته عن طريق الاعتراف أو التحقيق فى الورقة العرفية ، كما فى حالة تزوير الورقة بطريق الكشط أو المحو أو التحشير ، وكما فى حالة التوقيع على بياض ، وهو متصور بالنسبة للأوراق العرفية • وغير ذلك كثير من طرق التزوير المتصور ادخالها على الورقة رغم صحة التوقيع الموضوع عليه(١) •

---

(٢) نقض ١٩٣٦/٢/١٣ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٤٢٤ ، فقرة ١١٨ ، نقض ١٩٤٣/٤/٢٩ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٤٢٥ ، فقرة ١٢٠ • وقضت محكمة النقض بأن حجية الورقة العرفية انما تستمد من شهادة الامضاء الموقع به عليها ، وهى

وكما يكون المحرر العرفي حجة على من صـــدر منه الى أن ينكر ذلك صاحب التوقيع ، فانه يكون حجة أيضا على الخلف الخاص أو الدائن ، الى أن ينكر التوقيع الشخص المنسوب اليه التوقيع ولا يجوز أن يصدر الانكار من الخلف أو الدائن لأن التوقيع غير صادر منهما ٠

أما اذا حدث التمسك بالورقة بعد وفاة صاحب التوقيع ، فانها تكون حجة في مواجهة الخلف الخاص والدائن والوارث والموصى له ، ومع ذلك يجوز لأى من هؤلاء أن يتمسك بعدم صدور الورقة ممن وقعها لا عن طريق انكـار التوقيع ، بل عن طريق ما يسمى بالدفع بالجهالة أى الـــدفع بأنه لم يعلم بصدور التوقيع من الشخص المنسوب اليه ٠ والتمسك بهذا الدفع يجب أن يكون فى صورة يمين يحلفها من يتمسك بالـــدفع ٠ وهو يؤدى الى سقوط حجية الورقة العرفية الى أن يقوم المتمسك باثبات صحتها عن طريق اجراءات تحقيق الخطوط ٠ وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى بصدد هذه المسألة « انه رئى من الأنسب اقتفاء أثر المادة ١٢٢٣ من التقنين الكندى ، فنص على وجـــوب تعزيز اقرار الوارث أو الخلف بيمـــين يؤديها ، درءا لما يحتمل من تعسف هذا أو ذاك فى استعمال الرخصة المخولة له »(١) ٠

وجدير بالذكر أن المادة ١٤ من قانون الاثبات استحدثت حكما لم يكن موجودا من قبل وذلك بنصها فى الفقرة الثالثة منها على أن من احتج عليـــه بمحرر عرفى وناقش موضوعه ، لا يقبل منه انكار الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الاصبع ٠ وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الاثبات أن هذا الحكم المستحدث قد تقرر « سدا لباب المطل والكيد ، ذلك أن منـــاقشة موضوع المحرر يتعين لتكون جادة منتجة أن تكون وليدة الاطلاع على هـــذا المحرر ، وهو ما يمكن من التحقق من نسبة الخط أو الامضـــاء أو الختم أو

بهذه المثابة تعتبر حجة بما ورد فيها على صاحب التوقيع بحيث لا يمكنه التحلل مما تسجلـــه عليه الا اذا بين كيف وصل امضاؤه هذا الصحيح الى الورقة التى عليها توقيعه واقام الدليـــل على صحة ما يدعيـــه من ذلك نقض ١٩٧٠/٥/٥ ، مجمـــوعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٧٩٦ ٠

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٣٩٤ ؛

البصمة لمن يشهد عليه المحرر اذ أن من اليسير على هذا الأخير بمجرد هذا الاطلاع التحقق من هذه النسبة ، فاذا لم ينكرها فور اطلاعه على المحرر وخاض فى مناقشة موضوعه فان ذلك منه انما يفيد تسليمه بصحة تلك النسبة فان عاد بعد ذلك الى انكارها وقد سارت الدعوى شوطا بعيدا ء لى أساس صحة المحرر فانما يكون ذلك منه استشعارا لضعف مركزه فى الدعوى واستغلالا لنصوص القانون فى نقل عبء الاثبات الى التمسك بالورقة ، ورغبة فى الكيد والمطل ، وهو ما لا يجوز تمكينه منه » .

وهذا الحكم المستحدث يضيف فارقا جديدا بين انكار التوقيع وبين الادعاء بالتزوير ، فالادعاء بالتزوير يكون كما تقرر المادة ٤٩ من قانون الاثبات فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، أما انكار التوقيع فهو لا يجوز التمسك به طبقا لنص المادة ٣/١٤ من قانون الاثبات بعد مناقشة موضوع المحرر(١) .

٨١ ـ حجية الورقة العرفية من حيث صحة الوقائع الثابتة بها :

اذا ثبت صدور الورقة العرفية من الشخص المنسوبة اليه سواء باعترافه بها أو بمناقشته موضوعها ، أو باثبات صحة التوقيع بعد اتخاذ اجراءات تحقيق الخطوط ، فان فائدة هذه الحجية لا تظهر الا بالنسبة للوقائع الثابتة فى هذه الورقة ، لأن التوقيع ليست له قيمة فى ذاته وانما قيمته فيما يشهد عليه من صحة الوقائع المذكورة فى الورقة .

والقاعدة فى هذا الشأن أن الورقة العرفية تكون حجة من حيث صحة الوقائع الثابتة بها ، وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه . وطرق اثبات العكس تختلف بحسب ما اذا كان يحتج بالورقة العرفية فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير .

فاذا ادعى أحد المتعاقدين بعدم صحة الوقائع المذكورة فى الورقة فيجب

---

(١) يرى البعض انه اذا كان من ناقش موضوع المحرر هو محامى الشخص المنسوب اليه المحرر . وكان وكيلا بالخصومة فقط ، فانه لايجوز له أن يهدر حقوقا موضوعية لموكله . واذا كان الموكل حاضرا فى الجلسة وجب عليه أن يتنصل من عمل المحامى فى الحال وفى جلسة المرافعة (المواد ٧٥ و ٧٦ و ٧٩ من قانون المرافعات . أحمد أبو الوفا ، المستحدث . ص ٣٠٤) .

عليه أن يثبت ذلك بالكتابة طبقا لنص المادة ٦١ فقرة (أ) من قانون الاثبات التي تنص على انه لا يجوز الاثبات بغير الكتابة ، فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي » . ومن هذا القبيل أن يدعى الخصم الصادر منه التوقيع أن الوقائع المذكورة في الورقة هي وقائع صورية غير مطابقة للحقيقة. فاثبات الصورية فيما بين المتعاقدين لا يكون الا بطريق الكتابة[١] . وكذلك فان الخلف العام لا يجوز له اثبات صورية تصرف صادر من مورثه الا بطريق الكتابة[٢] ، ما لم يكن قد قصد بهذا التصرف الاضرار به شخصيا ، فانه يصبح في هذه الحالة في حكم الغير[٣] ، ومن المقرر أن الغير يجوز له اثبات الصورية بكل طرق الاثبات[٤] .

وكذلك يجوز اثبات الصورية بكل طرق الاثبات فيما بين المتعاقدين اذا كانت الصورية تخفي غشا نحو القانون ، كاثبات أن البيع يخفى رهنا[٥] ،

---

(١) نقض ١٩٥٣/١٢/٢٤ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٥ ، فقرة ٧٩ . نقض ١٩٤٩/١/٦ مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٠ ، فقرة ٨٠ ، نقض ١٩٤٤/٢/٣ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٥ ، فقرة ٨١ ، نقض ١٩٤٢/٦/١٨ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٥ ، فقرة ٨٢ ، نقض ١٩٦٢/١٢/٢٧ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٣ ، ص ١٢١٤ ، نقض ١٩٦٤/١/١٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٥ ، ص ٨٦ ، نقض ١٩٦٦/٥/٥ . مجموعة المكتب الفني ، س ١٧ ، ص ١٠٣٥ ، نقض ١٩٦٧/٢/٢٣ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٨ ، ص ٤٧٨ .

(٢) نقض ١٩٥٣/١٢/٢٤ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . ج ١ ، ص ٣٦ ، فقرة ٨٥ .

(٣) نقض ١٩٦٧/٢/٢٣ . مجموعة المكتب الفني ، س ١٨ ، ص ٤٧٨ ، نقض ١٩٦٩/١/٢ ، مجموعة المكتب الفني . س ٢٠ ، ص ٢٢ ، نقض ١٩٦٩/٣/٢٠، مجموعة المكتب الفني. س ٢٠ ، ص ٤٥٠ ، نقض ١٩٧٠/٦/١٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢١ ، ص ١٠٦١ . قارن مع ذلك بعض أحكام النقض السابقة : نقض ١٩٤٩/٣/٢٤ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة، ج ٢ . ص ٧٦١ . فقرة ٣٠ ، نقض ١٩٥٣/١٢/٢٤ مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ٢ ، ص ٧٦١ . فقرة ٣١ .

(٤) نقض ١٩٤٩/١٢/٢٩ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ٢ ، ص ٧٦٠ ، فقرة ٢٧ ، نقض ١٩٥٧/٥/٢٣ . مجموعة المكتب الفني ، س ٨ ، ص ٢٥٠ ، نقض ١٩٥٩/٤/٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٠ ، ص ٣٠٣ ، نقض ١٩٥٧/١٠/٣١ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٥٨ ، ص ٧٥٩ . نقض ١٩٦٥/١٢/٩ . مجموعة المكتب الفني ، س ١٦ ، ص ١٢٢٣ ، نقض ١٩٦٦/٥/٢٦ . مجموعة المكتب الفني ، س ١٧ ، ص ١٠٣٥ ، نقض ١٩٦٩/٢/٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٠ ، ص ٢٧٠ ، نقض ١٩٧٠/٤/١٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢١ ، ص ٦١٨ .

(٥) نقض ١٩٦٦/١٢/٦ . مجموعة المكتب الفني ، س ١٧ ، ص ١٧٧٠ .

او أن البيع قصد به التحايل على أحكام الميراث(١) .

وتاريخ الورقة العرفية حجة فيما بين المتعـاقدين وبالنسبة لخلفهما العام . فلا يجوز اثبت عكس هذا التاريخ الا بطريق الكتابة . ولكن ليس لتاريخ الورقة العرفية حجية فى مواجهـة الغـير كما سنرى فى الفقرة التالية .

وكما يجوز الطعن فى الورقة العرفية بالصورية ، فانه يجوز الطعن فى التصرف الثابت بهذه الورقة بكل طرق الطعن المقررة فى القانون ، فيجوز الطعن فى التصرف الثابت بهذه الورقة بكل طرق الطعن المقررة فى القانون ، فيجوز الطعن فى التصرف بالابطال بسبب نقص الأهلية أو عيب من عيـوب الارادة ، أو الطعن بالبطلان لعدم مشروعية السبب أو عدم مشروعية المحل أو غير ذلك . وفى كل حالة يكون الطعن متعلقا بوقائع مادية أو بغش نحو القانون فان الاثبات يكون جائزا بكل الطرق ولو أدى ذلك الى هدم التصرف الثابت فى الورقة العرفية . والورقة العرفيـة لا تزيد فى هذا عن الورقة الرسمية(٢) .

أما الورقة العرفية التى لا ينكر التوقيع الوارد عليهـا ، و لايطعن فى التصرف الثابت فيها ، فانها تصلح كدليل لاثبات جميع التصرفات القانونية مهما بلغت قيمتها ، وكذلك لاثبات جميع الوقائع المادية . وذلك باستثنـاء الوقائع التى يرسم القانون طريقا خاصا لاثباتها كواقعة الميلاد أو الزواج أو الوفاة أو التصرفات التى يشترط القانون الرسمية لانعقادها .

... ـ حجية الورقة العرفية بالنسبة للغير من حيث التاريخ الثابت بها :

تنص المادة ١٥ من قانون الاثبات على انه « لا يكون المحرر العرفى حجة على الغير فى تاريخه الا منذ أن يكون له تاريخ ثابت . ويكون للمحرر تاريخ ثابت : (أ) من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك . (ب) من يوم أن يثبت مضمونه فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ . (جـ) من يوم أن يؤشر عليه موظف

---

(١) نقض ١٩٥٦/٤/٢٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٧ ، ص ٥٥٣ .

(٢) راجع ما سبق فقرة ٤٩٠ .

عام مختص • (د) من يوم وفاة أحمد ممن لهم على المحرر اثر معترف به من خط أو امضاء أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة فى جسمه • (هـ) من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه • – ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات » •

وطبقا لهذا النص فان تاريخ الورقة العرفية لا يكون حجة على الغير ، والا استطاع المتعاقدان عن طريق تقديم تاريخ الورقة أو تأخيرة ، أن يضرا بمصلحة الغير ، ضررا لا يستطيع له دفعا لأنه لم يشترك فى تحرير الورقة • فقد يقع التصرف من شخص ناقص الأهلية ولكن يؤخر تاريخه بحيث يقع بعد بلوغ القاصر سن الرشد ، وقد يقع التصرف من شخص محجور عليه بسبب السفه ، ولكن يقدم تاريخه حتى يقع قبل قرار الحجر • وقد يصدر التصرف فى مرض الموت ولكن يقدم تاريخه بحيث يقع قبل مرض الموت • وفى كل هذه الفروض وغيرها فان التاريخ المذكور فى الورقة لا يكون حجة على الغير •

ولا يعتبر من الغير فى حكم المادة ١٥ من قانون الاثبات المتعاقد نفسه فيحتج عليه بتاريخ الورقة الا اذا أثبت عدم صحة هذا التاريخ • ويجب فى هذه الحالة الاثبات بالكتابة(١) ، الا اذا كان تغيير التاريخ ينطوى على غش نحو القانون فيجوز فى هذه الحالة اثبات عدم صحة التاريخ بكل طرق الاثبات •

ولا يعتبر من الغير كذلك الأصيل اذا كان قد تم ابرام العقد بطريق النيابة ، لأن النائب يمثل الأصيل وتنصرف آثار العقد الى هذا الأخير • ومع ذلك اذا قدم التاريخ حتى يقع قبل انتهاء النيابة ، فيجوز فى هذه الحالة للأصيل أن يثبت عدم صحة التاريخ بكل طرق الاثبات لما ينطوى عليه تغيير التاريخ فى هذه الحالة من غش نحو القانون •

ولا يعتبر من الغير كذلك الخلف العام للمتعاقد وهو الوارث أو الموصى

---

(٢) نقض ١٩٦٢/٥/٢٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٣ ، ص ٦٧٦ •

له بحصة معينة من التركة • ويجب على الوارث اذا ادعى عدم صحة تاريخ الورقة الموقع عليها من مورثه أن يثبت ذلك بطريق الكتابة[١] ، الا اذا انطوى تغيير التاريخ على غش نحو القانون فيصبح الاثبات جائزا بجميع الطرق •

والمثل البارز على غش نحو القانون هو أن يكون القصد من التصرف هو التحايل على أحكام الميراث الآمرة بقصد حرمان الوارث من حقه فى الميراث • ومن هذا القبيل أن يتصرف المورث فى أمواله وهو فى مرض الموت ، وهو تصرف يأخذ حكم الوصية ويعتبر مضافا الى ما بعد الموت ، وبالتالى لا يكون جائزا لا فى حدود ثلث التركة داخلا فيها المتصرف فيه • ولكن حتى لا تنطبق هذه الأحكام فان المورث يقدم تاريخ التصرف بما يجعله واقعا قبل مرض الموت بما يسمح له بالاضرار بحق الوارث فى التركة ، وهو حق يتعلق بالنظام العام ويعتبر المساس به غشا نحو القانون ، يجوز اثباته بكل طرق الاثبات • ولا يعنى ذلك أن الوارث يصبح من الغير بالنسبة لتاريخ التصرف فلا يحتج فى مواجهته بهذا التاريخ أصلا كما هو الشأن بالنسبة للغير ، بل ان التاريخ يعتبر حجة على الوارث ، مع الاذن له باثبات عدم صحة هذا التاريخ بكل طرق الاثبات[٢] • وجدير بالملاحظة أن المادة ٢/٩١٦ من القانون المدنى تنص فى هذه المسألة على ما يأتى : « وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا » • فهذا النص يعفى الوارث فى عبارته الأخيرة من أى اثبات ويجعله فى حكم الغير الذى لا يحتج عليه بتاريخ الورقة اذا لم يكن ثابتا ، بينما هو فى عبارته الأولى يلزم باثبات وقوع التصرف فى مرض الموت وان كان يجيز لهم القيام بذلك طرق الاثبات • وصياغة النص على هذا النحو تنطوى على اضطراب كبير لعل مرجعه هو اضطراب القضاء فى اعتبار الوارث فى حكم الغير فى هذه الحالة أو فى عدم اعتباره كذلك[٣] •

---

(١) نقض ١٩٦٩/٣/١١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ٤٠٤

(٢) نقض ١٩٤١/١٢/١٨ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ٢ ، ص ٩٦٠ ، فقرة ٢٥ . نقض ١٩٤٣/٤/١٥ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ٢ ، ص ٩٥٩ ، فقرة ٢٣ ، نقض ١٩٤٨/١٠/٢١ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ٢ ، ص ٩٥٩ ، فقرة ٢٤ •

(٣) يرى الدكتور السنهورى أن سبب اضطراب القضاء فى هذه المسألة هو الخلط بين الغيرية فى ثبوت التاريخ وبين الغيرية فى نفاذ التصرف • فالوارث لا يعتبر من الغير بالنسبة

وكما أن الوارث لا يعتبر من الغير فان الدائن لا يعتبر من الغير كذلك. وان جاز له كما يجوز للمدين أن يثبت عدم صحة تاريخ الورقة الموقع عليها من مدينه ، بل وله اذا كان يطعن في تصرف مدينه بالدعوى البوليسية ، ان يثبت أن حقه قد نشأ قبل نشأة حق المتصرف اليه - وهو شرط لمباشرة هذه الدعوى - بجميع طرق الاثبات(١) .

وعلى عكس المتعاقد والوارث والدائن الذين لا يعتبر أي واحد منهم غيرا بالنسبة لتاريخ التصرف فيحتج بهذا التاريخ في مواجهته فان هناك من الأشخاص من يعتبر غيرا طبقا لما تقصده المادة ١٥ من قانون الاثبات ويصدق ذلك على الخلف الخاص والدائن الحاجز .

ويشترط لاعتبار أي من هذين الشخصين غير أن يكون حقه هو ثابت التاريخ بطريق من طرق اثبات التاريخ التي سنذكرها فيما بعد ، وأن يكون كذلك حقه مشهرا اذا كان القانون لا يكتفي باثبات التاريخ بل يشترط أيضا شهر الحق لامكان الاحتجاج به في مواجهة الغير . وأن يكون كذلك حسن النية وهو لا يعتبر كذلك اذا كان يعلم بوجود حق أسبق من حقه ولكنه بادر باثبات تاريخ تصرفه قبل اثبات تاريخ التصرف الذى نشأ عنه الحق السابق .

ولكن يلاحظ انه في الحالات التي يشترط فيها القانون شهر التصرف بالتسجيل أو القيد ، فان القيام بالشهر يغني عن الشرطين الآخرين وهما

لتاريخ الورقة العرفية ، ولكنه يعتبر من الغير بالنسبة لنفاذ التصرف في حقه . ولكن القضاء يخلط بين الغيرية في الحالتين ويعتبر الوارث من الغير بالنسبة لثبوت التاريخ في الكثير من احكامه ، عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، ص ٢٠٦ .

(١) بودان وبيرو . ج ٩ ، فقرة ١٢٢١ . ص ٣٠١ . بلانيول وريبير وجابولد . ج ٧ . فقرة ١٤٨٤ . ص ٩٢٥ . ويلاحظ البعض بحق أن الدعوى البوليصية ليست سوى تطبيق لقاعدة أن الاسبق في التاريخ هو الاسبق في الحق . وهي قاعدة لا يمكن تطبيقها في جميع الحالات نظرا للصعوبات العملية . ولذلك حلت محلها قاعدة أخرى أكثر استجابة الى الضرورات العملية . هي قاعدة المساواة بين الدائنين . ومع ذلك ففي كل الحالات التي يمكن فيها العودة الى قاعدة الاسبق في التاريخ هو الاسبق في الحق فانه يجب الأخذ بهذه القاعدة الاكثر عدلا . وهذا هو الحكم فيما يتعلق بالدعوى البوليصية . راجع في هذا الموضوع : البحث القيم للعميد Vareille-Sommières ، التنازع بين الديون والأفضلية بين الدائنين ، المجلة الانتقادية ، ١٩٠٥ . ص ٥٢٧ - ص ٥٤٦ ، ١٩٠٦ ، ص ٤٧٤ - ص ٤٨٩ .

حسن النية واثبات التاريخ ، ولكننا في هذه الحالة نكون قد انتقلنا من نطاق قواعد اثبات التاريخ الى قواعد الشهر •

والخلف الخاص هو من تلقى حقا عينيا من المتصرف كالمشترى مثلا • فاذا تعلق الأمر ببيع منقول معين بالذات يملكه البائع فان الملكية تنتقل فيه بمجرد العقد • ولذلك فان تحديد تاريخ العقد يكون بالغ الأهمية للتفضيل بين أكثر من مشتر واحد • فاذا كان تاريخ البيع ثابتا بالنسبة لأحد المشترين ، فلا يحتج في مواجهته بتاريخ أى بيع آخر غير ثابت وغير سابق على عقده • بل ولا يجوز اثبات وجود عقد بيع آخر سابق على البيع ثابت التاريخ بأى طريق من الطرق غير ما رسمه القانون لاثبات التاريخ • وهذا هو معنى عدم الاحتجاج بتاريخ الورقة العرفية في مواجهة الغير اذا لم يكن ثابتا • ويشترط للتمسك بالعقد ثابت التاريخ أن يكون المتمسك به حسن النية بالمعنى السابق ذكره •

والواقع أن الخلف الخاص ما هو الا دائن استوفى حقه فعلا • فالمشترى دائن للبائع بانتقال الملكية ، فاذا انتقلت الملكية بحكم القانون فان المشترى يكون قد استوفى حقه كدائن وهو ما يؤدى الى تحوله في نفس الوقت الى مالك ، فيصبح مختصا بشىء معين بالذات تلقاه عن البائع ، وهو بذلك يتميز عن الدائنين العاديين الذين لا يتعلق حقهم بشىء معين بالذات من أموال مدينهم • وهذا التمييز هو الذى يجعل الخلف الخاص من الغير ، بينما لا يجعل الدائنين العاديين من الغير كما سبق أن رأينا • والحق كما لاحظ البعض فان الأفضلية بين الدائنين تقوم على أساس الأمر الواقع[1] • فالدائن الذى يستوفى حقه أولا هو الدائن الذى فاز بجائزة السبق وأصبح من الناحية العملية أفضل من سائر الدائنين جميعا • واذا كان استيفاء الحق في صورة اكتساب حق عينى فان الدائن يتحول الى خلف خاص ولا يحتج في مواجهته بتصرفات سلفه غير ثابتة التاريخ •

---

(١) راجع في هذا الموضوع : مقال العميد Vareille-Sommières . السابق الاشارة اليه ، المجلة الانتقادية ، س ١٩٠٥ ، ص ٥٣٦ • وراجع في هذا الموضوع أيضا : بحثنا بالفرنسية عن رهن المال المستقبل ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، باريس ١٩٧٠ . ص ٤٦٧ •

ويقترب من مركز الخلف الخاص وللسبب ذاته ، الدائن الحاجز ، فهو دائن لم يستوفى حقه بعد ولم يتحول الى صاحب حق عينى ، كالخلف الخاص . ولكنه شرع فى استيفاء حقه وحجز طبقا لاجراءات القانون على مال معين بالذات لمدينه ، فتعلق حقه بهذا المال من وقت الحجز تعلقا يحميه القانون بحيث لا يجوز أن يحتج فى مواجهة الدائن الحاجز بأى تصرف صادر من المدين يتعلق بهذا المال اذا لم يكن ثابت التاريخ قبل توقيع الحجز ٠

والخلاصة أن المتعاقد وخلفه العام لا يعتبر من الغير ٠ أما الدائن فهو اذا كان دائنا عاديا فهو لا يعتبر أيضا من الغير ٠ أما اذا كان دائنا قد استوفى حقه فعلا فانه يصبح خلفا خاصا ويتحول بالتالى الى منطقة الغير ٠ ويصدق ذلك على من اكتسب ملكية شيء كان مملوكا لمدينه ، أو اكتسب أى حق عينى آخر عليه سواء كان حقا عينيا أصليا أو تبعيا ٠ ويعتبر الدائن من الغير كذلك اذا كان قد استوفى حقه حكما بأن اتخذ اجراءات الحجز المقررة فى القانون ٠

ويلاحظ انه اذا حدث تنازع يتعلق باكتساب حقوق عينية عقارية ، فان حسم هذا التنازع يكون على أساس الأسبقية فى الشهر ، وليس على أساس الأسبقية فى اثبات التاريخ ٠ ولكننا فى هذه الحالة نكون قد انتقلنا من نطاق قاعدة الاحتجاج بثبوت تاريخ الورقة العرفية الى قاعدة الاحتجاج بالأسبقية فى شهر التصرفات التى تنشىء أو تقرر حقا من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية ٠

٨٢ ـ متى يصبح تاريخ الورقة العرفية ثابتا :

نصت المادة ١٥ من قانون الاثبات على عدة طرق تصبح بها الورقة العرفية ثابتة التاريخ ٠ وهذه الطرق هى :

١ ـ من يوم أن تقيد الورقة العرفية فى السجل المعد لذلك تصبح ثابتة التاريخ ٠ والمقصود بذلك أولا هو اثبات التاريخ ، وهو اجراء تقوم به مكاتب التوثيق عن طريق تحرير محضر يثبت فيه تاريخ تقديم الورقة ورقم ادراجها فى الدفتر المعد لذلك ويختم بخاتم المكتب ويوقعه الموثق ، وذلك بشرط أداء الرسم المقرر(١) ٠ ويتحقق اثبات التاريخ كذلك عند اتخاذ اجراءات

---

(١) راجع المواد ٢١ ـ ٣٢ ـ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق ٠

التصديق على توقيعات ذوى الشأن على الأوراق العرفية[١] • والتصديق اجراء لازم لتسجيل التصرفات المنشئة أو المقررة لحقوق عينية عقارية • والتسجيل يؤدى هو أيضا الى اثبات التاريخ ، وان كان تاريخ المحرر قد ثبت من قبل بمقتضى التصديق على التوقيع[٢] •

٢ ـ تصبح الورقة العرفية ثابتة التاريخ أيضا من يوم أن يثبت مضمونها فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ ، سواء كانت هذه الورقة الأخرى رسمية ، أو كانت ورقة عرفية ثابتة التاريخ • والمقصود بثبوت مضمون الورقة العرفية فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ ، أن يرد ذكر الورقة العرفية وتحديد مضمونها بطريقة تمنع اللبس بينها وبين أى ورقة أخرى[٣] • وقد قضت محكمة النقض بأن ورود المحرر العرفى فى محرر آخر ثابت التاريخ من شأنه أن يجعله ثابت التاريخ من يوم ثبوت تاريخ المحرر الذى ورد فيه[٤] • وقضت بان العقد يكتسب تاريخا ثابتا اذا ذكره العاقدان وأوردا تاريخه وتفاصيله فى انذارات رسمية تبادلاها[٥] •

٣ ـ تعتبر الورقة العرفية ثابتة التاريخ من وقت أن يؤشر عليها موظف عام مختص ، كأن تقدم الورقة العرفية فى جلسة المرافعة فيؤشر عليها كاتب الجلسة ، أو تقدم ضمن مستندات الدعوى فيؤشر عليها الموظف المختص فى قلم الكتاب ، أو ترسل الورقة بطريق البريد المسجل فيؤشر عليها موظف البريد[٦] ، أو تقدم الورقة الى مصلحة الشهر العقارى فيؤشر عليها مأمور الشهر العقارى ••• وهكذا •

---

(١) راجع المواد ٢١ ـ ٢٥ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق •

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٢٤٠ •

(٣) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٢٤٠ ، عبد المنعم فرج الصدة ، ص ١٥٣ ، مارتى ورينو ، ج ١ ، ص ٣٧٠

(٤) نقض ٦/٤/١٩٥٠ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٩ ، فقرة ١٠٦ •

(٥) نقض ١٣/٤/١٩٣٣ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٩ ، فقرة ١٠٢ •

(٦) أما الخطابات المرسلة بطريق البريد العادى فلا تعتبر ثابتة لعدم وجود سجلات يمكن الرجوع اليها بشأن البريد العادى غير المسجل ، عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص٢٤١• راجع فى أن علم الوصول وهو دليل الاثبات عند الانكار تغنى عنه أى ورقة تصدر من الجهة المدينة تدل على وصول كتاب المطالبة ، نقض ٢٢/١/١٩٧٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ١٩٠ •

٤ - تعتبر الورقة العرفية ثابتة التاريخ من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو امضاء أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة فى جسمه • ويلاحظ أن المادة ٢٩٥ من القانون المدنى كانت تعتبر ايضا وجود ختم شخص متوفى على الورقة العرفية مؤديا الى اثبات التاريخ للورقة من وقت الوفاة • ولكن قانون الاثبات اعتد فقط بالامضاء أو الخط أو بصمة الاصبع • أما الختم فانه يسهل التوقيع به بعد وفاة صاحبه فلذلك لا يعتبر وجوده على الورقة العرفية مؤديا بذاته الى اثبات التاريخ ، على عكس الحكم الذى كان مقررا فى القانون المدنى الجديد والقديم[1] •

٥ - تعتبر الورقة العرفية ثابتة التاريخ من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه • وهذا حكم عام ينطبق فى غير الحالات الخاصة السابق ذكرها ، وهو يخضع فى تطبيقه لما يتحقق منه قاضى الموضوع من ظروف الدعوى ووقائعها • وقد قضت محكمة النقض بأن وسائل « اثبات التاريخ الواردة بالمادة ٢٢٩ مدنى (قديم) ليست واردة بها على وجه الحصر • فاذا قدمت ورقة ما فى قضية وتناولتها المرافعة بالجلسة التى نظرت بها تلك القضية فهذا يكفى لاعتبار تاريخ الورقة ثابتا من يوم تلك الجلسة »[2] •

٨٣ - متى يحتج بتاريخ الورقة العرفية رغم عدم ثبوته :

بحسب الفقرة الأخيرة من المادة ١٥ من قانون الاثبات يجوز للقاضى تبعا للظروف أن يعتبر تاريخ المخالصات حجة على الغير ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتا • وعلة هذا الحكم هى تيسير المعاملات بين الناس لأن المخالصات من الأوراق التى يندر اثبات تاريخها[3] • ولكن تطبيق هذا الحكم يخضع لسلطة القاضى التقديرية فهو اذا وجد صعوبة عملية فى اثبات تاريخ

---

(١) رغم اعتداد القانون المدنى بالختم فى اثبات التاريخ ، الا انه كان من الجائز اثبات أن الختم قد وضع على الورقة بعد وفاة صاحب الختم . نقض ١٩٣٣/٤/٢٧ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٣٩ ، فقرة ١٠٣ •

(٢) نقض ١٩٣٥/٥/٣٠ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ص ٣٩ ، فقرة ١٠٤ •

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ، جـ ٩ ، فقرة ١٤٨٤ ، ص ٩٢٦ •

المخالصة جعل تاريخها حجة على الغير ولو لم يكن ثابتا واذا لم يجد صعوبة في ذلك طبق على المخالصة حكم القواعد العامة في عدم اعتبار تاريخها حجة على الغير ما لم يكن هذا التاريخ ثابتا • ويلاحظ أن القانون يشترط في المخالصات لامكان الاحتجاج بها اذا زادت مدتها على ثلاث سنوات أن تكون مسجلة وليست فقط ثابتة التاريخ[١] • ويلاحظ أيضا أن المادة ٤٠٩ من قانون المرافعات تجعل المخالصات غير ثابتة التاريخ نافذة في حق الدائنين المقيدة حقوقهم ، والدائنين الحاجزين لمدة سنة واحدة • وهذا الحكم وجوبي لا يملك القاضي ازاؤه أية سلطة تقديرية[٢] •

٨٤ ـ مدى حجية صورة الورقة العرفية :

على خلاف صورة الورقة الرسمية التي لها حجية في الاثبات على النحو السابق ذكره[٣] ، فان صورة الورقة العرفية ليست لها بحسب الأصل أية حجية في الاثبات طالما أن المدين لم يوقع عليها • وقد قضت محكمة النقض بأن « الأصل هو أن لا حجية لصور الأوراق العرفية ولا قيمة لها في الاثبات الا بمقدار ما تهدى الى الأصل اذا كان موجودا فيرجع اليه أما اذا كان غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بالصورة اذ هي لا تحمل توقيع من صدرت عنه »[٤] • وقضت بأنه لا تثريب على المحكمة اذا هي لم تر الأخذ بصورة شمسية لورقة أريد التدليل بها في الدعوى[٥] •

أما اذا كانت صورة الورقة العرفية موقعا عليها ممن صدر منه الأصل ، اعتبرت الورقة في هذه الحالة نسخة ثانية Exemplaire وكانت لها نفس قيمة الأصل في الاثبات • واذا وجدت ورقة تشير الى الأصل وتؤكده وكانت موقعة ممن صدر منه الأصل فانها تسمى في هذه الحالة بالسند المؤيد Acte recognitif ، وتكون قيمتها في الاثبات مرتبطة بمطابقتها للأصل طالما انها تشير اليه • ولكن اذا لم يوجد الأصل ولم يتمكن من تشهد عليه

---

(١) راجع المادة ١١ من قانون تنظيم الشهر العقارى • والمادة ١٠٤٦ من القانون المدني •

(٢) راجع هذا الموضوع : كتابنا في التأمينات الشخصية والعينية ، فقرة ٨٤ • ص ٢٣٣•

(٣) راجع ما سبق • فقرة ٤٩١ وما بعدها •

(٤) نقض ١٩٥٦/٥/٢ مجموعة المكتب الفني • س ٧ • ص ٥٧٢ •

(٥) نقض ١٩٤٧/٣/٢٧ • مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، ج ١ • ص ٣٩ • فقرة ٩٥ •

هذه الورقة من اثبات عدم مطابقتها للأصل ، فانها تعتبر مطابقة له وتكون لها نفس قيمته فى الاثبات(١) ٠

المبحث الثانى
الأوراق العرفية غير المعدة للاثبات

٨٥ - أربعة أنواع :

سبق أن رأينا أن الأوراق العرفية المعدة للاثبات تعد أصلا للاثبات وتكون موقعة ممن يحتج بها عليه ٠ وبجانب هذه الأوراق ، توجد أوراق أخرى لم تعد أصلا للاثبات ولا يشترط أن تكون موقعا عليها ومع ذلك فان القانون يعطيها بعض الحجية فى الاثبات ٠ وقد نص قانون الاثبات على أربعة أنواع من هذه الأوراق هى الرسائل والبرقيات ، ودفاتر التجار ، والدفاتر والأوراق المنزلية ، والتأشير ببراءة ذمة المدين ٠ وندرس هذه الأنواع الأربعة فيما يلى :

١ - الرسائل والبرقيات

٨٦ - حجية الورقة العرفية من حيث الاثبات :

تنص المادة ١٦ من قانون الاثبات على أن « تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفى من حيث الاثبات ٠ - وتكون للبرقيات هذه القيمة ايضا اذا كان أصلها المودع فى مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها ، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » ٠

وهذا النص يضع حكما خاصا بالرسائل Lettres Missives ويضع نفس الحكم بالنسبة للبرقيات ٠

فبالنسبة للرسائل ، ورغم انها لم تعد أصلا للاثبات الا أن القانون يعطيها نفس قيمة الورقة العرفية فى الاثبات اذا كان موقعا عليها من مرسلها٠

---

(١) مازتى ورينو ، ج ١ ، فقرة ٢٢٥ ، ص ٣٧٢ ، عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، فقرة ١٢٩ ، ص ٢٥١ ٠

ومؤدى ذلك أن موقع الرسالة اذا أنكر توقيعه عليها وجب على من يتمسك بها أن يثبت صحة التوقيع عن طريق اجراءات تحقيـــق الخطوط . أما اذا ثبتت صحة التوقيع ، فيظل من الجائز أيضا الطعن فى الرسالة بالتزوير . واذا لم يكن هناك انكار للتوقيع على الرسالة أو ادعاء بتزويرها فان الرسالة تكون حجة على صحة الوقائع الثابتة بها الى أن يثبت العكس . ولا يجوز اثبات العكس الا بالكتابة . ولا تكون الرســالة حجة فى تاريخها عــلى الغير الا من الوقت الذى يصبح فيه هذا التاريخ ثابتا . ولكن تاريخ الرســـالة يكون حجة على مرسلها وعلى خلفه العام وعلى دائنه العادى ولو لم يكن التاريخ ثابتا .

ولكن نظرا لأن الرسائل ، فيما عدا المسائل التجارية ، لا تعد أصــلا للاثبات ، فان محررها لا يتوخى فيها غالبا نفس الحيطـــة التى يتوخاها فى تحرير الأوراق المعدة أصلا للاثبات ، وينبغى أن يكون ذلك فى تقدير القاضى عن تقدير قيمة الرسالة فى الاثبات(١) .

والحق فى التمسك بالرسالة يكون للمرسل اليه ولورثته . ويكـــون كذلك للغير اذا كانت الرسالة تثبت حقا للغير كما فى الاشتراط لمصلحة الغير أو غير ذلك .

واذا كانت الرسالة فى غير يد من يريد التمسك بهـــا ، جاز الزام الشخص الذى توجد الرسالة تحت يده بأن يقدمها للاطلاع عليها على النحو السابق دراسته .

ويشترط لجواز التمسك بالرسالة ألا يكون فى التمسك بهــا افشاء لأسرار الطرف الآخر(٢) . ويجب فى هذه الحالة على من يتمسك بالرسالة أن ينبه خصمه الى انه يتمسك بالرسالة رغم ما بها من افشاء للسر ، ويطلب منه أن يجيء له الاثبات بدليل آخر ، فاذا لم يقبل الخصم ذلك كان متعسـ

---

(١) مارتى ورينو ، ج ١ ، فقرة ٢٣٦ ، ص ٣٧٣ .

(٢) بلانيول وريبير وجابوله ، ج ٧ ، فقرة ١٥٠٤ ، ص ٩٥١ - ص ٩٥٢ ، مارتى ورينو ج ١ ، فقرة ٢٢٠ ، ص ٣٥٥ ، فقرة ٢٣٦ ، ص ٣٧٣ .

وجاز التمسك بالرسالة رغم ما قد يودى اليه ذلك من افشاء لأسرار الخصم الذى لم يراع هو حق نفسه(١) ٠

ويجب كذلك للتمسك بالرسائل ان يكون المتمسك بها اذا كان هو شخص آخر غير المرسل اليه ، أن يكون قد حصل عليها بطريق مشروع ٠

وتستثنى من ذلك جريمة الزنا التى يجوز اثباتها عن طريق الرسائل، ولو كان قد تم الحصول عليها بطريق غير مشروع(٢) ، ورغم ما فى التمسك بها من افشاء للأسرار بطبيعة الحال(٣) ٠

أما البرقيات فتكون لها نفس قيمة الرسائل فى الاثبات ، اذا كان أصل البرقية موقعا عليه(٤) ٠ فاذا لم يكن أصل البرقية موقعا عليه ، فلا تكون للبرقية قيمة الا على سبيل الاستئناس ٠

والبرقية هى صورة لورقة عرفية ٠ والأصل أن الصورة لا قيمة لها الا اذا ثبتت مطابقتها للأصل ٠ ومع ذلك فقد نص المشرع على قرينة قانونية بسيطة مؤداها أن البرقية مطابقة للأصل الى أن يثبت العكس ٠ فاذا ادعى المرسل أن البرقية غير مطابقة للأصل فعليه هو أن يطلب من المصلحة المختصة ابراز الأصل حتى تمكن مقارنة الصورة بالأصل ٠ فاذا تبين أن البرقية غير مطابقة للأصل فلا يعتد الا بالأصل ٠ أما اذا تبين أن الأصل قد فقد فلا يعتد بالبرقية الا على سبيل الاستئناس لأنه لا يعرف فى هذه الحالة مدى مطابقتها للأصل ، ولا يعرف ما اذا كان الأصل موقعا عليه أم لا ٠

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٢٦١ ٠

(٢) والحكم على خلاف ذلك فى القانون الفرنسى ، حيث يشترط أن يكون قد تم الحصول على الرسائل بطريق مشروع وليس بطريق غير مشروع كالسرقة ٠ وقد قضت محكمة النقض المصرية فى دعوى طلاق بين زوجين فرنسيين بسبب زنا الزوجة بعدم قبول الرسائل التى حصل عليها الزوج بطريق السرقة بأن كسر درجا خاصا بزوجته ، وذلك تطبيقا للقانون الفرنسى ، وهو القانون الواجب التطبيق على هذه الدعوى سواء من ناحية الموضوع أو من ناحية أدلة الاثبات ٠ نقض ٨/١/١٩٥٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٤ ، ص ٣٤٩ ٠ راجع فى الفقه الفرنسى ٠ بلانيول وريبير وجابوله ، فقرة ١٤٠٤ ، فقرة ١٤٠٥ ٠

(٣) عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، ص ٣٦١ ، هامش ١ ٠

(٤) نقض ١١/١/١٩٦٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ٧١ ٠

واذا اعتبرت البرقية مطابقة للأصل سواء على أساس القرينة التى أقامها المشرع ، أو بعد التأكد من مطابقة البرقية للأصل ، فان حجية البرقية فى الاثبات تكون هى نفس حجية الورقة العرفية الموقع عليها ، سواء فيما بين المرسل والمرسل اليه أو بالنسبة للغير ٠ ومقتضى ذلك أن للبرقية حجية فيما يتعلق بصدورها ممن وقع عليها الى حد انكار التوقيع ٠ واذا ثبتت صحة التوقيع جاز الادعاء بالتزوير ٠ وتكون للبرقية حجية فيما يتعلق بصحة الوقائع المذكورة فيها الى حد اثبات العكس بطريق الكتابة ٠ هذا بالاضافة الى الحق فى التمسك بجميع وجوه الطعن فى التصرف الذى تشهد عنيه البرقية سواء من ناحية شروط انعقاده أو آثاره أو انقضائه ٠

٢ ـ دفاتر التجار

٨٧ ـ المقصود بالدفاتر التجارية :

كان القانون التجارى القديم ينص فى المواد ١٠ - ١٤ منه على الدفاتر التجارية التى يجب على التاجر امساكها ، وهى دفتر اليومية ودفتر الجرد ودفتر المراسلات ٠ وقد صدر القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٤ فى شأن الدفاتر التجارية ، ونص فى المادة العاشرة منه على كل الغاء نصوص القانون التجارى السابق ذكرها ، وأوجبت المادة الأولى من هذا القانون على كل تاجر أن يمسك الدفاتر التجارية التى تستلزمها طبيعة تجارته واهميتها ، بشرط ألا تقل هذه الدفاتر عن دفترين هما دفتر اليومية ودفتر الجرد ٠ وللتاجر اذا شاء فله أن يمسك دفاتر أخرى كدفتر الاستاذ ، ودفتر التسويدة ، ودفتر المخزن ، ودفتر الأوراق التجارية ، ودفتر الخزانة ٠ وله أن يمسك بعض هذه الدفاتر دون البعض الآخر(١) ٠ واذا توفرت فى أى من هذه الدفاتر شروط معينة كانت لها حجية فى الاثبات ٠ وهى تارة تكون حجة على التاجر ، وتارة أخرى تكون حجة له ٠

٨٨ ـ الدفاتر التجارية حجة على التاجر :

الدفاتر التجارية لا تكون موقعة من التاجر ، ولا تكون مكتوبة بخط يده

---

(١) نظم قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ موضوع الدفاتر التجارية فى المواد ٢١-٢٩ منه. ويرجع فى هذا الموضوع إلى هذه النصوص أولا قبل الرجوع إلى نصوص أى قانون آخر.

فى معظم الأحيان ، ومع ذلك فانها تعتبر حجة على التاجر لأن تحريرها تم تحت اشرافه ، فيعتبر ما ورد بها كأنه اقرار صادر منه ، ومع ذلك فان حجية هذه الدفاتر فى الاثبات مقيدة بعدة قيود هى :

(١) نظرا لأن هذه الدفاتر فى حوزة التاجر ، فان مطالبة الخصم بالاطلاع عليها لاستخلاص دليل منها تكون بمثابة اجبار التاجر على أن يقدم دليلا ضد نفسه • وقد أعطى المشرع للقاضى فى هذا الشأن سلطة تقديرية (م١٧ تجارى قديم و٢٨/١ من قانون التجارة الجديد). وقد قضت محكمة النقض بأن « الاستدلال على التاجر بدفاتره ليس حقا مقررا لخصم التاجر واجبا على المحكمة انالته اياه متى طلبة • بل ان الشأن فيه ـ بحسب نص المادة ١٧ من القانون التجارى ـ أنه أمر جوازى للمحكمة ان شاءت اجابته اليه وان شاءت أطرحته • وكل أمر يجعل القانون فيه للقاضى خيار الأخذ والترك فلا حرج عليه ان مال لجانب دون الآخر من جانبى الخيار ، ولا يمكن الادعاء عليه فى هذا بمخالفة القانون »(١) •

(٢) اذا كانت الدفاتر التجارية منتظمة فلا يجوز تجزئة الاقرار الوارد بها • وهذا ما تقرره الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون الاثبات ونصها : « وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ، ولكن اذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجترىء ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضا لدعواه » • وطبقا لهذا النص اذا أثبت التاجر فى دفتره انه اشترى بضاعة من تاجر آخر ودفع ثمنها ، فلا يجوز للتاجر الآخر أن يستدل من الدفتر على واقعة الشراء ويستبعد فى نفس الوقت واقعة الوفاء بالثمن • ويشترط لاستفادة التاجر من هذا الحكم أن تكون دفاتره منتظمة ، أما اذا كانت غير منتظمة ، فيجوز للقاضى أن يجزىء

---

(٢) نقض ١٩٦١/٣/٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٢ ، ص ٢١٢ • فى نفس المعنى نقض ١٩٢٥/٥/١٦ مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٣٩ ، فقرة ١٠٧ • ويلاحظ أن عبارات حكم سنة ١٩٦١ هى بذاتها عبارات حكم سنة ١٩٣٥ • راجع أيضا نقض ١٩٥٢/٣/٢٧، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ص ٣٩ فقرة ١٠٨ ، نقض ١٩٦٥/١١/٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ١٩٦٦ •

الاقرار الوارد بها . بل لا يجوز للقاضى فى هذه الحالة اعتبار الاقرار غير قابل للتجزئة(١) .

(٣) حتى فى الفرض الذى تكون فيه الدفاتر منتظمه . فان حجيتها فى الاثبات لا تصل الى قوة الدليل الكامل ، بل تعتبر فى مستوى القرائن فقط ، ذلك لانها غير موقع عليها . وتترتب على هذا نتيجة هامة وهى جواز اثبات عكس الثابت فى هذه الدفـــاتر بكـل طرق الاثبـــات بما فى ذلك البينة والقرائن(٢) .

٨٩ ــ الدفاتر التجارية حجة للتاجر :

تنص المادة ١٧ من القانون التجارى على أنه « يجوز للقضاء قبول الدفاتر التجارية لأجل الاثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية اذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانونا » . وتنص المادة ١/١٧ من قانون الاثبات على أن « دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساسا يجيز للقاضى أن يوجيه اليمـين المتممة الى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز اثباته بالبينة » .

وهذه النصوص تجيز للتاجر أن يحتج بدفاتره هو فى مواجهة خصمه ، وذلك على خلاف الأصل فى عدم جواز أن يصطنع الخصم دليـــلا لنفسه . والدفاتر التجارية تكون حجة فى مواجهة تاجر آخر ، وقد تكون كذلك ، وعلى سبيل الاستثناء حجة للتاجر فى مواجهة غير التاجر .

١ ــ دفاتر التاجر تكون حجة له فى مواجهة تاجر آخر مثله بشرط ان تكون هذه الدفاتر منتظمة ، وأن يكون العمل المراد اثباته تجاريا بالنسبة للطرفين(٣) . ويستطيع القاضى فى هذه الحالة أن يقارن دفتر التاجر بدفتر خصمه ، ليأخذ بأى من الدفترين يراه أقرب الى الثقـــة والاطمئنان . وقـ

---

(١) نقض ١٩٦٣/٥/٢٢ . مجموعة المكتب الفنى ، س ١٤ ، ص ٦٩٣ .

(٢) عبد الرزاق السنهـــورى ، ج ٢ ، ص ٢٧٩ . أوبرى ورو ، ج ١٢ . رقم ٧٥٧ ، ص ٢٦٢ .

(٣) مصطفى كمال طه ، ج ١ ، ص ١٤٤ .

* وفي نفس المعنى تنص المادة ١/٢٨ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بأنه «يجوز للمحكمة بناء على طلب الخصم أو من تلقاء ذاتها أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره اليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها. وللمحكمة ان تطلع على الدفاتر بنفسها أو بواسطة خبير تعينه لذلك».

لا يأخذ بأى من الدفترين اذا لم يطمئن الى أى منهما • واذا كان دفتر التاجر حجة له الا انه يجوز اثبات عكس الثابت بهذا الدفتر بكل طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن(١) •

٢ ـ ودفاتر التجار لا تكون حجة بحسب الأصل لمصلحة التاجر ضد شخص آخر غير تاجر • ولكن لا يجوز التمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض لما فى ذلك من اثارة لمسائل واقعية لا تباشر بصددها محكمة النقض أية رقابة(٢) •

ومع ذلك فان للتاجر أن يتمسك بدفاتره فى مواجهة شخص غير تاجر اذا تعلق النزاع بأشياء وردها التاجر الى غير التاجر كالملابس والأغذية ، وبشرط أن يكون من الجائز اثبات الالتزام بطريق الشهادة ، كما لو كانت قيمته لا تتجاوز مائة جنيه ، أو كانت تتجاوز ولكن وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى(٣) • ويجب فى هذه الحالة بالاضافة الى هذين الشرطين أن يكمل القاضى الدليل المستمد من الدفاتر التجارية باليمين المتممة التى يجوز له أن يوجهها الى أى من الخصمين، وهو يوجهها بطبيعة الحال الى الخصم الذى يطمئن اليه أكثر من الآخر • وتوجيه اليمين الى التاجر يكون لاستكمال الدليل المستمد من الدفاتر ، أما توجيهها الى خصمه فيكون لتفنيد هذا الدليل •

---

(١) نقض ١٩٥٦/١/٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٧ ، ص ٥٢ •

(٢) قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الثابت أن الطاعن لم يسبق له التحدى أمام محكمة الموضوع بأنه غير تاجر وبعدم جواز الاحتجاج عليه بدفاتر المطعون عليه التجارية ، فانه لا يجوز له اثارة هذا النعى لأول مرة أمام محكمة النقض • نقض ١٩٧٠/١/١٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ١١٩ •

(٣) العلاقة بين التاجر وعملائه من ذوى المكانة تكون غالبا مانعا أدبيا من الحصول على دليل كتابى • وبالتالى يجوز الاثبات بالشهادة ، ويجوز أيضا للتاجر أن يحتج بدفاتره فى مواجهة عميله ولو زادت قيمة الالتزام على عشرين جنيها • ومن الأمثلة القضائية على ذلك العلاقة بين الحائك وعملائه من ذوى المكانة الاجتماعية • راجع استئناف مختلط ١٩٢٥/١/٣ ، ب ٣٧ ـ ١٣٨ ـ مشار اليه فى مصطفى كمال طه ، ص ١٤٦ ، هامش ١ •

أينما وردت عبارة «عشرين جنيه» فى نص المادتين ٦٠ و٦١ من قانون الاثبات، تصبح «مائة جنيه» بعد العمل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، وتصبح «خمسمائة جنيه» بعد العمل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع فيما بعد، ص٢١٥.

٣ - الدفاتر والأوراق المنزلية

٩٠ - ليست حجة لصاحبها وقد تكون حجة عليه :

تنص المادة ١٨ من قانون الاثبات على أن « لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه الا في الحالتين الآتيتين : (١) اذا ذكر فيها صراحة انه استوفى دينا • (٢) اذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته » •

والمقصود بالأوراق والدفاتر المنزلية ، هي تلك التي يقيد بها الشخص حساباته وتصرفاته ليرجع اليها بدلا من الاعتماد على ذاكرته • وهي قد تكون في صورة دفاتر ، وقد تكون في صورة أوراق منفصلة • ولا يشترط فيها اذا كانت دفاتر أن تكون منتظمة ، أو يكون لها أي شكل خاص ، أو تراعى فيها طريقة معينة في تحريرها(١) •

والأوراق والدفاتر المنزلية لا تكون موقعا عليها ممن تشهد عليه ، ولذلك فالأصل هو عدم جواز الاحتجاج بها في الاثبات • أما اذا كانت هذه الدفاتر والأوراق تحمل توقيع محررها فيجوز للقاضي أن يعتبرها دليل اثبات كامل ضد من صدر منه التوقيع •

وسواء كانت هذه الأوراق والدفاتر تحمل توقيع محررها أو لا تحمل توقيعه فهي لا تكون حجة له ضد غيره تطبيقا لمبدأ عدم جواز أن يصطنع الشخص دليلا لنفسه • ولا يمكن الخروج على هذه القاعدة الا في الحالات النادرة التي يرى فيها القاضي أن هذه الدفاتر من الثقة ما يجعلها في مستوى القرائن القضائية ، كما هو الشأن في الدفاتر التي يقيد فيها الطبيب عدد المرات التي عاد فيها المريض الذي يعالجه ، ولو زادت قيمة أتعاب الطبيب عن مائة جنيه(٢) • وغني عن الذكر أن هذه القرينة يجوز نقضها بأي قرينة أخرى مثلها أو بأي دليل آخر أقوى منها •

ولكن اذا كانت الدفاتر المنزلية لا يحتج بها لمصلحة صاحبها كقاعدة

---

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، جـ ٣ ، ص ٢٨٥ - ص ٢٨٦ •

(٢) عبد الرزاق السنهوري ، جـ ٢ ، ص ٢٨٦ . عبد المنعم فرج الصدة ، ص ١٨٤ •

أيضا وردت عبارة «عشرين جنيه» في نص المادتين ٦٠ و٦١ من قانون الاثبات، تصبح «مائة جنيه»، بعد العمل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، وتصبح «خمسمائة جنيه» بعد العمل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع فيما بعد، ص٢١٥.

عامة ، فانها قد تكون حجة عليه فى حالتين استثنائيتين نصت عليهما المادة ١٨ السابق ذكرها • ووجه الاستثناء فى هاتين الحالتين أن الدفاتر لا تكون فى أى منهما موقعا عليها من صاحبها ، فهى لا ترقى الى درجة الورقة العرفية ومع ذلك فان المشرع يعتبرها من الأدلة المقبولة فى الاثبات[١] • والحالة الأولى هى عندما يذكر محرر الورقة بها صراحة انه استوفى دينا • ويشترط فى هذه الحالة أن يكون التعبير عن استيفاء الدين صريحا لا ضمنيا • والحالة الثانية اذا ذكر محرر الورقة بطريقة صريحة أيضا انه قصد بما دونه فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته • أى أنه يشترط فى الحالة الثانية أن تكون طريقة صياغة الورقة كما لو كانت دليلا للاثبات لمصلحة من تثبت له حقا •

ومع ذلك فانه فى الحالتين لا تعتبر الأوراق المنزليـــة فى قوة الأوراق العرفية لأنها لا زالت يعوزها التوقيع ، كما انها لم تكن دليلا معدا للاثبات فعلا • ولذلك فانه يجوز اثبات عكسها بكل طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن[٢] •

وجدير بالذكر أن الأوراق والدفاتر المنزلية تكون تحت يد الشخص الذى يحتج بها عليه ، ولذلك فان الزامه بتقديمها للقضاء ، يكون الزاما له بان يقدم دليلا ضد نفسه ، ولا يكون ذلك ممكنا الا اذا توافرت شروط دعوى العرض ، سواء فى مبدأها العام أو فى تطبيقاتها الخاصة على النحو السابق دراسته • هذا بالاضافة الى الحالات التى يتم فيهـــا تقديم هـــذه الأوراق بطريقة طبيعية كما لو وجدت هذه الأوراق بين محتويات تركة الشخص التى يتم جردها بعد وفاته طبقا للقانون •

---

(١) أما اذا كانت الورقة المنزلية موقعا عليها فيجوز اعتبارها فى هذه الحالة دليلا كتابيا كاملا كما ذكرنا فى المتن ، وليست هذه حالة من الحالات التى يتصدها المشرع فى المادة ١٨ من قانون الاثبات •

(٢) بلانيول وريبير وجـــابولد ، جـ ٧ ، فقرة ١٤٩٢ ، ص ٩٤٢ ــ ص ٩٤٣ ، بودان وبيرو ، جـ ٩ ، فقرة ١٢٣٨ ، ص ٣٢٤ ــ ص ٣٢٥ ، اوبرى ورو ، جـ ١٢ ، رقم ٧٥٨ ، ص ٢٧١ ، عبد الرزاق السنهورى ، جـ ٢ ، ص ٢٩٠ ، عبد المنعم فرج الصدة ، ص ١٥٧

٤ - التأشير ببراءة الذمة

٩١ - التأشير ببراءة الذمة بغير توقيع :

تنص المادة ١٩ من قانون الاثبات على أن « التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن الى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير موقعا منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته • - وكذلك يكون الحكم اذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين فى نسخة أصلية أخرى للسند أو فى مخالصة • وكانت النسخة أو المخالصة فى يد المدين » • وطبقا لهذا النص فان التأشير ببراءة ذمة المدين تكون له اذا توافرت شروط معينة قيمة فى الاثبات رغم انه غير موقع عليه من الدائن، أما اذا كان التأشير موقعا عليه من الدائن فانه يعتبر دليلا كتابيا كاملا ولا يحتاج الأمر بشأنه الى نص خاص •

وطبقا للمادة ١٩ فان التأشير ببراءة الذمة اما أن يكون على سند للدين فى حيازة الدائن ، أو يكون على سند آخر تحت يد المدين •

٩٢ - التأشير على سند للدين فى حيازة الدائن :

يحتفظ الدائن بسند الدين فى حيازته كدليل اثبات على وجود حقه فى مواجهة مدينه • فاذا أشر الدائن على هذا السند ببراءة ذمة المدين عن كل الدين أو عن بعض الدين ، فان هذا التأشير يعتبر دليلا على براءة ذمة المدين رغم انه غير موقع عليه من الدائن • أما اذا كان التأشير موقعا عليه من الدائن فانه يعتبر دليلا كتابيا كاملا طبقا للقواعد العامة وليس طبقا لهذا النص الخاص •

ولا يشترط أن يكون التأشير قد تم بخط الدائن نفسه ، بل يجوز أن يكون بخط الغير ما دام الدائن قد أذنه فى ذلك • بل يجوز أن يكون التأشير بخط المدين ، طالما انه تم بموافقة الدائن وتحت اشرافه • ووجود التأشير على السند يفيد بذاته انه تم بموافقة الدائن ، وعليه هو اذا ادعى العكس أن يثبت ما يدعيه •

ويشترط لاكتساب التأشير هذه الحجية فى الاثبات ، ألا يكون السند قد خرج من تحت يد الدائن ولو للحظة واحدة ، لأنه اذا خرج السند من تحت

يد الدائن أصبح من الممكن التأشير عليه ببراءة ذمة المدين من أى شخص آخر بغير موافقة الدائن • ويفترض أن السند لم يخرج من حيازة الدائن ، وعليه هو اذا ادعى غير ذلك أن يثبت ما يدعيه •

واذا اجتمع الشرطان بأن وجد تأشير على سند الدين ببراءة ذمة المدين، ولم يثبت خروج السند من حيازة الدائن ، اعتبر ذلك دليلا على براءة ذمة المدين بحسب ما هو مذكور فى التأشير • ولكن هـذا الدليل لا يرقى الى مستوى الورقة العرفية ، ولذلك يجوز اثبات عكسه بكل طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن(١) •

ولكن اذا تخلف أى من هذين الشرطين فلا يكون التأشير مع ذلك خلوا من أى فائدة ، فقد يستطيع المدين أن يتمسك به كمبدأ ثبوت بالكتابة اذا كان محررا بخط يد الدائن وذلك طبقا للقواعد العامة(٢) •

٩٣ ــ التأشير على سند أو مخالصة فى حيازة المدين :

وتكون للتأشير حجية فى الاثبات فى هذا الفرض اذا توافر شرطان • الأول أن يكون التأشير مكتوبا بخط الدائن على نسخة من السند الأصلى أو على مخالصة اعدت لاثبات الوفاء بالدين •

وقوام الشرط الأول هو أن يكون التأشير بخط الدائن ، لأنه لو أجيز أن يكون التأشير بخط شخص آخر غير الدائن لكان من السهل على المدين ، والسند فى حيازته ، أن يستكتب عليه تأشيرا ببراءة ذمته بواسطة أى شخص من الأشخاص • ومن غير المعقول أن يعتبر مثل هـذا التأشير دليـلا فى الاثبات •

والشرط الثانى هو أن يكون السند فى حيازة المدين ، ولا يشترط أن يظل السند فى حيازة المدين دائما • بل يكفى أن يوجد السند فى حيـازة

---

(١) بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١٢٤١ ، ص ٣٢٧ ، نقض فرنسى عرائض ١٨٩١/١/٢٠ . سيرى ، ١٨٩١ ـ ١ ـ ١١٥ •

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٣ ، ص ٣٨٩ •

المدين ولو لفترة قصيرة طالما أن الدائن أشر عليه بخطه بما يفيد براءة ذمة المدين ٠

وغني عن الذكر انه لا يشترط أن يكون التأشير موقعا عليه من الدائن ، والا أصبح دليلا كتابيا كاملا طبقا للقواعد العامة وهو ما لا يحتاج الى نص خاص ٠ وطبقا لهذا النص الخاص فان التـــأشير الذى يتوافر فيه الشرطان السابق ذكرهما يكون حجة على الدائن فى براءة ذمة المدين رغم عدم توقيعه على هذا التأشير ٠ ومع ذلك فانه يجوز للدائن أن يثبت عكس هذا الدليل بكل طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن ٠ لأن التـأشير لا يصل فى هذا الفرض الى قوة الورقة العرفية الموقع عليها(١) ٠

(١) عبد الرزاق السهورى ، ج ٢ ، ص ٣٠٠ . وما بعدها . مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٣ ، ص ٣٩٠ ، ولكن الحكم فى القانون الفرنسى غير ذلك حيث يعتبر التأشير فى هذا الفرض فى قوة الورقة العرفية بحيث لا يجوز اثبات عكسه الا بالكتابة . وذلك على خلاف الفرض السابق الخاص بالتأشير على سند فى حيازة الدائن حيث الحكم فى القانون الفرنسى يتفق مع الحكم فى القانون المصرى فى جواز اثبوت العكس بكل طرق الاثبات ٠ راجع فيما يتعلق بالفرض المذكور فى المتن : بودان وبيرو ، ج ٩ ، فقرة ١٢٤٢ ، ص ٣٢٧ . اوبرى ورو ، ج١٢، رقم ٧٥٨ ، ص ٢٧٧ ، بلانيول وريبير وجابيولد ، ج ٧ ، فقرة ١٤٩٥ ، ص ٩٤٤ ٠

الفصل الثالث

اثبات صحة المحررات

٩٤ - الادعاء بالتزوير وتحقيق الخطوط :

تنص المادة ٢٩ من قانون الاثبات على أن « انكار الخط أو الختم أو الامضاء أو بصمة الأصبع يرد على المحررات غير الرسمية ، أما ادعاء التزوير فيرد على جميع المحررات الرسمية وغير الرسمية » • وطبقا لهذا النص اذا كانت الورقة عرفية فان الشخص المنسوب اليه التوقيع الوارد بها يستطيع أن ينكر حجية هذه الورقة من حيث صدورها منه بمجرد انكاره التوقيع المنسوب اليه ، ويكون على الطرف الآخر أن يثبت صحة التوقيع عن طريق اجراءات تحقيق الخطوط . أما اذا كانت الورقة رسمية فلا يجوز لمن نسب اليه التوقيع عليها أن ينكر هذا التوقيع الا عن طريق الادعاء بالتزوير • ويكون الادعاء بالتزوير لازما أيضا بالنسبة للورقة العرفية اذا كان التوقيع الوارد بها مصدقا عليه أمام الموثق أو صدر حكم بصحته أو اعترف الشخص المنسوب اليه بصحته أو تكلم فى موضوع المحرر دون انكار التوقيع المنسوب اليه • ويكون الادعاء بالتزوير جائزا بالنسبة للورقة العرفية أيضا وفى جميع الأحوال اذا أراد الشخص المنسوب اليه التوقيع أن يقوم بدور الهجوم على الورقة العرفية وأن يتحمل هو من بادىء الأمر عبء اثبات تزوير هذه الورقة. وندرس فيما يلى الادعاء بالتزوير وتحقيق الخطوط فى مبحثين متتاليين •

المبحث الأول

الادعاء بالتزوير

٩٥ - اجراءات الادعاء بالتزوير والحكم فيه :

وضع المشرع ثقته فى الموظف العام الذى قام بتحرير الورقة الرسمية

ولذلك فهو افترض صحة الورقة ، وجعل كل طعن فيها يمس أمانة الموظف المذكور يتم باجراءات مطولة دقيقة ، حتى لا يقوم أحـــد بالطعن فى ورقة رسمية الا عن تفكير وروية(١) ٠

وقد أعطى القانون للقـــاضى سلطة تقديرية واسعة فى تقدير صحة الورقة ولو لم يطعن فيها بالتزوير ، وفى أن يقضى بصحة الورقة أو بطلانها دون اتخاذ اجراءات التحقيق ، وفى تقدير ادلة التزوير ، بما فى ذلك قيام القاضى بالمضاهاة بنفسه ، والأخذ برأى الخبير أو عــــدم الأخذ به ، والحكم بالتزوير على غير شواهده ، أو اذا عجز مدعيه عن اثباته أو على غير الأدلة التى قدمها مدعى التزوير ٠

وقد أجاز القانون لمن يتمسك بالورقة المطعون فيها أن يتنـــازل عن التمسك بهـــا ٠ كما قرر توقيع غرامة على مدعى التزوير اذا حكم برفض ادعاءه ٠

وكل هذه الأحكام تصدق على اجراءات الطعن بالتزوير ســـواء تعلق الأمر بورقة رسمية أو ورقة عرفية ، وسواء تقدم بالطعن أحد أطراف الورقة أو شخص آخر من الغير ٠

٩٦ - التقرير بالادعاء بالتزوير واعلان شواهده :

نظرا لان الادعاء بالتزوير هو وسيلة دفاع فانه يجوز التمسك به فى اية حالة تكون عليها الدعوى(٢) ٠ وبحسب نص المادة ٤٩ من قانون الاثبات يكون الادعاء بالتزوير بتقرير فى قلم الكتاب وتبين فى هـــذا التقرير كل مواضع التزوير المدعى بها والا كان باطلا ٠ ويجب أن يعلن مدعى التزوير خصمه فى ثمانية الايام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير Moyens de faux واجراءات التحقيق التى يتطلب اثباته بها ٠ والمقصود بشواهد التزوير الأدلة التى يستند اليها الطاعن فى اثبات التزوير

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ٠ مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ٠ جـ ٣ ، ص ٣٥٥ - ص ٣٥٦ ، عبد الرزاق السنهورى جـ ٢ ، ص ١٤٩ ٠

(٢) راجع المادة ٤٩ من قانون الاثبات ، راجع رمزى سيف ، ص ٦٣١ ٠

كالشهادة أو القرائن أو تحقيق الخطوط . والجـزاء على عدم ذكر شواهد التزوير هو الحكم بسقوط الادعاء بالتزوير وهو جزاء جوازى[1] .

وتنص المادة ٥٠ من قانون الاثبات على أن « على مدعى التزوير أن يسلم قلم الكتاب المحرر المطعون فيه ان كان تحت يده ، أو صورته المعلنة اليه ، فان كان المحرر تحت يد المحكمة أو الكاتب وجب ايداعه قلم الكتـاب » . وتنص المادة ٥٠ من قانون الاثبات على أنه « اذا كان المحرر تحت يد الخصم جاز لرئيس الجلسة بعد اطلاعه على التقرير أن يكلف فورا أحـد المحضرين بتسلم ذلك المحرر أو بضبطه وايداعه قلم الكتاب . ـ فاذا امتنع الخصم عن تسليم المحرر وتعذر ضبطه اعتبر غير موجود ولا يمنع هذا من ضبطه فيما بعد ان أمكن » .

٩٧ ـ حق المحكمة في القضاء بصحة الورقة أو تزويرها دون ادعاء بالتزوير او احالة الى التحقيق :

الحكم بتزوير الورقة لا يحتاج دائما الى ادعاء من جانب أحد الخصوم بتزوير الورقة ، بل يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها بحسب المـادة ٢٨ من قانون الاثبات ان تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية فى المحرر من اسقاط قيمته فى الاثبات أو انقاصها . وكذلك تنص المادة ٥٨ من قانون الاثبات على أنه « يجوز للمحكمة ولو لم يدع أمامها بالتزوير فى الاجراءات المتقدمة أن تحكم برد أى محرر وبطلانه اذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى انه مزور . ويجب عليها فى هذه الحالة أن تبين فى حكمها الظروف والقرائن التى تبينت منها ذلك » .

ومؤدى ذلك انه يجوز للمحكمـة أن تقضى بتزوير الورقة ولو لم يدع أحد الخصوم بتزويرها وفقا للاجراءات السابق ذكرها . وقد قضت محكمة

---

(١) قضت محكمة النقض بأن عدم بيان اجراءات التحقيق فى مذكرة شـواهد التزوير لا يرتب البطلان بل سقوط الادعاء بالتزوير وهو أمر جوازى للمحكمة . نقض ٢٢/١٠/١٩٦٤. مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ٩٨٧ . وقضت محكمة النقض بان تقرير مدعى التزوير ان التوقيع الموقع على المحرر المنسوب اليه ليس بخطه يكفى للابانة عن موضع التزوير المدعى به . نقض ٢٢/١٠/١٩٦٤ . السابق الاشارة اليه .

النقض بأن من حق محكمة الموضوع الحكم بتزوير الورقة فى الحال دون اصدار حكم بقبول ادلة التزوير أو بالاحالة الى التحقيق(١) • وقضت بأن من حق المحكمة الحكم بتزوير الورقة سواء ادعى أمامها بالتزوير أم لا وأن تبنى حكمها على غير الأدلة التى قدمها مدعى التزوير(٢) •

وحكم المحكمة بتزوير الورقة من تلقاء نفسها هو أمر جوازى لها ، فلا يعيب الحكم عدم استعمال المحكمة حقها فى أن تقضى من تلقاء نفسها برد وبطلان الورقة المدعى بتزويرها(٣) •

ومن ناحية أخرى فان استعمال المحكمة لهذا الحق مشروط بأن يظهر لها بجلاء من حالة الورقة أو من ظروف الدعوى انها مزورة ويجب على المحكمة أن تبين فى أسباب حكمها الظروف والقرائن التى استبانت منها ذلك(٤) •

ويلاحظ أن حق المحكمة فى الحكم بتزوير الورقة من تلقاء نفسها ، يظل قائما طالما كان هناك تمسك بالورقة(٥) • ويقابل حق المحكمة فى الحكم بتزوير الورقة من تلقاء نفسها ، حقها أيضا فى الحكم باعتبار الورقة صحيحة ما دامت لم تر من ظروف الدعوى أنها مزورة(٦) •

---

(١) نقض ١٩٤٨/٥/٢٠ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٤٠ ، فقرة ٩٠ ، نقض ١٩٥٣/٢/٢٦ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٤٢١ ، فقرة ٩٦ ، نقض ١٩٦٧/٣/١٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ٦٧٢ •

(٢) نقض ١٩٥٣/١/٢٩ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٤٠ ، فقرة ٩١ ، نقض ١٩٥٥/٢/١٠ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٤٠ ، فقرة ٩٢ ، نقض ١٩٥٨/٦/٢٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٩ ، ص ٦٣٣ ، نقض ١٩٦٢/٥/٢٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٣ ، ص ٦٧٦ ، نقض ١٩٦٤/١/٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ٥٣ ، نقض ١٩٦٤/١٢/٣١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ١٢٨٨ ، نقض ١٩٦٥/٦/٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ٦٧٨ •

(٣) نقض ١٩٥٤/١٢/٢ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٤٢٠ ، فقرة ٩٤ ، نقض ١٩٥٦/١/٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٧ ، ص ٤٧ •

(٤) نقض ١٩٥٣/٢/٢٨ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٢٤١ ، فقرة ٩٥ •

(٥) نقض ١٩٦٧/٣/١٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ٦٧٢ •

(٦) نقض ١٩٧٠/٤/٢٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٦٧٧ •

٩٨ – شروط قبول الادعاء بالتزوير والحكم بالتحقيق :

يشترط لقبول الادعاء بالتزوير وما يترتب عليه من احالة الدعوى للتحقيق أن تكون المدعى بتزويرها منتجة في الدعوى ، وأن تكون الشواهد التي يقدمها مدعى التزوير منتجة في اثبات التزوير ، والا تكفى وقائع الدعوى ومستنداتها في اقناع المحكمة بصحة الورقة أو تزويرها دون حاجة الى الاحالة للتحقيق ، وأن يكون من الجائز اثبات تزويرها • وندرس هذه الشروط فيما يلي •

(١) يشترط لقبول دعوى التزوير الفرعية أن تكون منتجة في الدعوى الأصلية • وهذا تطبيق للقواعد العامة في شروط محل الاثبات ، ومن هذه الشروط أن تكون الواقعة المطلوب اثباتها منتجة في الدعوى(١) •

(٢) ويشترط أيضا أن تكون الشواهد التي يستدل بها مدعى التزوير منتجة في اثباته ، أما اذا كانت هذه الشواهد بفرض ثبوت صحتها لا تودى الى ثبوت التزوير فلا يكون هناك مبرر للسير في اجراءات التحقيق • وحق قاضى الموضوع في تقدير كون الدليل منتجا في اثبات التزوير أو غير منتج مشروط بأن يقيم قضاءه في ذلك على أسباب مؤدية(٢) • والمقصود بأدلة التزوير التي تقبلها المحكمة هي الوقائع المتعلقة بالدعوى والمنتجة في اثباتها أما قرائن الأحوال والامارات التي لا تقوم على وقائع يتدافعها الخصوم فلا تعتبر دليلا بالمعنى السابق وليست محلا للقبول أو الرفض بل يقدرها القاضى عند النظر في موضوع التزوير(٣) ـ • ويلاحظ أن قبول احد أدلة التزوير

---

(١) راجع نقض ١٨/٤/١٩٣٥ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . جـ ١ ص ٤٠٧ فقرة ١ . نقض ١٧/١١/١٩٣٨ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . جـ ١ . ص ١٠٤ فقرة ١ نقض ٢٢/١/١٩٧٠ . مجموعة المكتب الفنى . س ٢١ . ص ١٤٩ . نقض ١٧/١٢/١٩٦٤ مجموعة المكتب الفنى . س ١٥ . ص ١٧٩ . نقض ١٦/٢/١٩٦٧ . مجموعة المكتب الفنى . س ١٨ . ص ٦٦٥ . نقض ١٦/١/١٩٦٩ . مجموعة المكتب الفنى . س ٢٠ . ص ١١١ •

(٢) نقض ٢٦/١/١٩٥٠ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . جـ ١ . ص ٤٠٨ فقرة ٥ ، نقض ٨/٣/١٩٥١ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤٠٨ ، فقرة ٦ •

(٣) نقض ٨/٣/١٩٥١ ، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤٠٨ ، فقرة ٦ •

دون رفض ما عداه يجيز الرجوع للأدلة الأخرى وتقديرها(١) ٠ ومن ناحية أخرى اذا قبلت المحكمة أكثر من دليل من أدلة التزوير وأمرت بتحقيقهم ثم ظهر ما يكفى لتكوين اقتناعها بالتزوير من تحقيق أحد هذه الأدلة فلا تثريب عليها اذا أطرحت الأدلة الأخرى ولم تمض فى تحقيقها(٢) ٠ وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر فى صلاحية أدلة التزوير باستبعاد بعضها وقبول البعض الآخر هو حكم تمهيدى يكفى فى بيان اسبابه مطلق القول بأن الأدلة بعيدة التصديق أو أنها منتجة فى الدعوى ومتعلقة بها أما حين الفصل فى صحة الأوراق فيجب اقامة الحكم على أسباب وافية(٣) ٠

(٣) ويشترط ثالثا لقبول الادعاء بالتزوير واحالة الدعوى الى التحقيق الا توجد فى وقائع الدعوى الأصلية ومستنداتها ما يكفى لتكوين اقناع المحكمة بصحة الورقة أو تزويرها ، فاذا هى اقتنعت بشىء من هذا حكمت بما اقتنعت به دون حاجة الى تحقيق ٠ وقد قضت محكمة النقض بأ من حـــق محكمة الموضوع تقدير أدلة التزوير والحكم بقبول دعوى التزوير أو رفضها بمجرد اطلاعها على الورقة متى كان الدليل الذى أخذت به مقبول عقلا(٤) ٠ وقضت بأن من حق قاضى الموضوع تقدير أدلة التزوير وعـــدم التزامه بالتحقيق واعتبار السند صحيحا لأسباب مؤدية(٥) ٠ وقضت بأن من حـــق قاضى الموضوع الحكم بتزوير ورقة دون الالتجاء الى خبير ولا يعيب حكمه اشارته الى رأى خبير فى دعوى أخرى مطعون على تقريره فيها ما دامت أســـبابه

---

(١) نقض ١٩٣٤/٤/٢٩ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤٠٩ ، فقرة ٧ ، نقض ١٩٥٥/١/١٣ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤٠٩ ، فقرة ٩ ٠

(٢) نقض ١٩٥٢/١/٣١ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤٠٩ ، فقرة ١١ ٠

(٣) نقض ١٩٣٧/٢/١٨ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤٠٩ ، فقرة ١٣ ٠ وقارب من هذا الحكم نص المادة ٥/١ من قانون الاثبات الذى تقرر أن « الأحكام الصادرة باجراءات الاثبات لا يلزم تسبيبها ما لم تتضمن قضاء قطعيا » ٠

(٤) نقض ١٩٣٢/٦/١٦ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٠ ، فقرة ١٤ ٠

(٥) نقض ١٩٤٠/١٠/٢١ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١١ ، فقرة ١٧ ، نقض ١٩٤٦/١٠/١٧ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٠ ، فقرة ١٦ ، نقض ١٩٦٤/١/٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ٥٢ ، نقض ١٩٦٦/٣/٢٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ٧٤٠ ، نقض ١٩٧٠/٤/٢٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٦٧٧ ٠

صحيحة وكافية لحمل قضائه(١) . وقضت بأن من حق المحكمة الحكم بتزوير الورقة دون تحقيق ويكون حكمها متضمنا الرد بعدم لزوم التحقيق(٢) . وقضت بأنه لا يلزم أن تمر دعوى التزوير بمرحلتين ، مرحلة التحقيق ثم مرحلة الفصل فيها ، بل يجوز القضاء برفضها مباشرة(٣) . وقضت بأن حق المحكمة فى القضاء بتزوير الورقة دون تحقيق أو ندب خبير متى اطمأنت الى التزوير لا يعتبر اخلالا بحق التمسك بالورقة فى الدفاع ما دام قد أدلى بحجة أماميا(٤) . وقضت بأن قضاء محكمة النقض جرى على اطلاق سلطة قاضى الموضوع فى الحكم بصحة الورقة المدعى بتزويرها أو ببطلانها وردها بناء على ما يستظهره من ظروف الدعوى وملابساتها دون أن يكون ملزما بالسير فى اجراءات التحقيق أو ندب خبير(٥) . وقضت بأن رفض المحكمة طلب الاحالة الى التحقيق لعدم الحاجة اليه مسألة موضوعية تخرج عن رقابة محكمة النقض(٦) . ومع ذلك فان الحكم بصحة الورقة أو بتزويرها دون تحقيق هو حكم قطعى لا بد من اقامته على أسباب سائغة(٧) .

والواقع أن الشروط السابق ذكرها لقبول الادعاء بالتزوير واحالة الدعوى للتحقيق هى تطبيق للمادة ٥٢ من قانون الاثبات التى تنص على أنه « اذا كان الادعاء بالتزوير منتجا فى النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لاقناع المحكمة بصحة المحرر أو بتزويره ورأت أن اجراء التحقيق الذى طلبه الطاعن فى مذكرته منتج وجائز أمرت بالتحقيق » .

---

(١) نقض ١٩٣٣/١٢/١٤ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . جـ ١ ص ٤١١ ، فقرة ٢٢ .

(٢) نقض ١٩٤٢/٦/٢٤ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١١ ، فقرة ٢٣ .

(٣) نقض ١٩٥١/٣/٨ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١١ ، فقرة ٢٤ . نقض ١٩٦٢/٥/٢٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٣ ، ص ٦٧٦ .

(٤) نقض ١٩٥١/١٢/١٣ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١١ ، فقرة ٢٥ . نقض ١٩٥٢/٣/٢٧ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٢ ، فقرة ٢٦ .

(٥) نقض ١٩٦٠/١/٢٨ . مجموعة المكتب الفنى ، س ١١ ، ص ٩٥ .

(٦) نقض ١٩٦٤/١٢/٣١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ١٢٨٨ .

(٧) نقض ١٩٦٩/٣/٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ٣٨٢ . وقضت محكمة النقض بأن عدم اجابة طلب المضاهاة أو الرد عليه يعتبر قصورا اذا كانت المحكمة قد قررت فى نفس الوقت ان أقوال الشهود لم تقطع فيما أجرى التحقيق بشأنه. نقض ١٩٥٦/١/١٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٧ ، ص ٦٥ .

(٤) ويلاحظ أن هذا النص يشير الى الشرط الرابع وهو أن يكون اجراء التحقيق جائزا ، وهو لا يكون كذلك اذا كان من شأنه نقض قرينة قانونية قاطعة ، كما لو كان قد سبق صدور حكم بصحة الورقة المدعى بتزويرها مما يتعين معه اعتبار الورقة صحيحة احتراما لحجية الشيء المحكوم به(١) ٠

وتنص المادة ٥٣ من قانون الاثبات على أن « يشتمل الحكم الصادر بالتحقيق على بيان الوقائع التى قبلت المحكمة تحقيقها والاجراءات التى رأت اثباتها بها وعلى سائر البيانات المذكورة فى المادة ٣٢ » ٠ والحكم الصادر بالتحقيق هو حكم باجراء من اجراءات الاثبات ولذلك لا يلزم تسبيبه طبقا للمادة ١/٥ من قانون الاثبات(٢) ٠ ويترتب على الحكم بالتحقيق وقف صلاحية المحرر للتنفيذ دون اخلال بالاجراءات التحفظية (م ٥٥ من قانون الاثبات) ٠ وتنص المادة ٣٢ المشار اليها على أن « يشتمل منطوق الحكم الصادر بالتحقيق على :

(أ) ندب أحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق ٠ (ب) تعيين خبير أو ثلاثة خبراء ٠ (ج) تحديد اليوم والساعة اللذين يكون فيهما التحقيق ٠ (د) الأمر بايداع المحرر المقتضى تحقيقه قلم الكتاب بعد بيان حالته على الوجه المبين بالمادة السابقة » ٠ وتنص المادة ٥٤ من قانون الاثبات على أن « يجرى التحقيق بالمضاهاة طبقا للاحكام المنصوص عليها فى الفرع السابق ٠ — ويجرى التحقيق بشهادة الشهود وفقا للقواعد المقررة » ٠ وندرس فيما يلى التحقيق بالمضاهاة بواسطة الخبير ، وقيام المحكمة بالمضاهاة بنفسها ، والتحقيق عن طريق البينة والقرائن ٠

---

(١) رمزى سيف ص ٦٣٢ وهو يشير الى محمد حامد فهمى ، فقرة ٥٥٠ ، أما اذا صدر الحكم بصحة الورقة العرفية بعد انكار صحتها ، فلا يمنع هذا الحكم من الادعاء بتزوير الورقة بعد ذلك ، لأن التوقيع قد يكون صحيحا ومع ذلك تكون الورقة مزورة ٠

(٢) جاء فى المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات أن أهم ما استحدثه المشرع ما أضافه فى المادة الخامسة منه الى المادة ١٦٠ المقابلة لها فى قانون المرافعات (الملغى) من اعفاء بعض الأحكام الصادرة بالأمر باجراءات الاثبات (وهى الأحكام التى لا تتضمن قضاء قطعيا) ، من التسبيب مكتفيا فى ذلك بمنطوق الحكم وحده اذ الأمر فى هذه الأحكام موكول لمطلق تقدير القاضى فهو يملك العدول عما أمر به من اجراءات الاثبات كما يملك بعد مباشرة اجراء الاثبات الا يأخذ بنتيجته ٠

٩٩ ـ التحقيق بالمضاهاة بواسطة أهل الخبرة :

تنص المادة ٣٣ من قانون الاثبات على أن « يكلف قلم الكتـــاب الخبير بالحضور أمام القاضي في اليوم والساعة المعينين لمبـــاشرة التحقيق »(١) ٠ وتنص المادة ٣٤ على أن « على الخصوم أن يحضروا في الموعد المذكور لتقديم ما لديهم من أوراق المضاهاة والاتفاق على ما يصلح منها لذلك ، فان تخلف الخصم المكلف بالاثبات بغير عذر جاز الحكم بسقوط حقه في الاثبـــات ، واذا تخلف خصمه جاز اعتبار الاوراق المقدمة للمضاهاة صالحة لها » ٠ ويلاحظ أن الخصم المكلف بالاثبات الذى تشير اليه هذه المادة هو من يدعى بتزوير الورقة على خلاف الأصل في صحتها(٢) ٠

وتنص المادة ٣٦ من قانون الاثبات على أن « تكون مضـــاهاة الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الاصبع الذى حصل انكـــاره على ما هو ثابت لمن يشهد عليه المحرر من خط أو امضاء أو ختم أو بصمة أصبع » ٠ ويعتبر ثابتا بهذا المعنى ويصح أن يكون أساسا للمضاهاة : أ ـ الخط أو الامضاء أو بصمة الأصبع المتفق عليه بين الخصوم ٠ ب ـ الخط أو الامضاء أو بصمة الأصبع الموضوع من محررات رسمية(٣) ٠ جـ ـ الجزء الذى يعترف الخصم بصحته

---

(١) قضت محكمة النقض بأن مخالفة المادة التى تقضى بقيام الخبير بمأمورية المضاهاة فى حضور القاضى المنتدب للتحقيق وكاتب المحكمة لا يترتب عليها بطلان الا اذا كان من شـــأن المخالفة الاخلال بحق الدفاع ، نقض ١٩٣٤/٢/٢٢ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٢، فقرة ٣٢ ٠

(٢) راجع ما سبق ، فقرة ٣٢ ، نقض ١٩٥٣/١٢/٢٤ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٦، فقرة ٦٠ ، نقض ١٩٥٣/١/٨ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٦ ، فقرة ٦١ ، نقض ١٩٥٠/٣/٢٣ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٦ ، فقرة ٦٣ ٠ وقد قضت محكمة النقض بعدم التزام المحكمة بأن تطلب من مدعى التزوير تقديم أوراق المضاهاة وجواز اكتفائها فى اجراء المضاهاة على أوراق قدمها المدعى عليه ، نقض ١٤/ ١٩٥٢/١٢ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٢ ، فقرة ٢٩ ٠

(٣) قضت محكمة النقض باعتبار قوائم القرعة والعرائض المقدمة للجهات الرسمية من العمدة والموقع عليها منه بصفته أوراقا رسمية تصلح للمضـــاهاة ٠ نقض ١٩٣٦/٢/١٣ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٢ ، فقرة ٣٠ ، وقضت محكمة النقض بحـــق المحكمة ان تطرح ما يقدم لها من أوراق المضاهاة ولو كانت رسمية بشرط ان تكون الأسباب التى تستند اليها فى ذلك سائغة ، نقض ١٩٦٣/١٠/٣١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٤ ص ١٠٠٦ ٠

من المحرر المقتضى تحقيقه • د ـ الخط أو الامضاء الذى يكتبه الخصم أمام القاضي أو البصمة التي يطبعها أمامه[١] • ويجوز للقاضي ان يامر باحضار المحررات الرسميه المطلوبه للمضاهاة عليها من الجهه التى تكون بها أو ينتقل مع الخبير الى محلها للاطلاع عليها بغير نقلها (م ٣٨ من قانون الاثبات) • وفي حاله تسليم المحررات الرسميه لقلم الكتاب تقوم الصور التى تنسخ منها مقام الاصل متى كانت ممضاة من القاضي المنتدب والكاتب والموظف الذى تسلم الاصل ، ومتى أعيد الاصل الى محله ، ترد الصورة المأخـوذة منه الى قلم الكتاب ويصير الغاؤها (م ١٩ من قانون الاثبات) • ويوقع الخبير والخصوم والقاضي والكاتب على أوراق المضاهاة قبل الشروع في التحقيق ويذكر ذلك في المحضر (م ٤٠ من قانون الاثبـات) • وتراعى فيما يتعلق باولى الخبرة القواعد المقررة في الباب الثامن من قانون الاثبات وهو الباب الخاص بالخبرة (م ٤١ من قانون الاثبات) • وأهم هذه القواعد هو ما تقرره المادة ١٥٦ من قانون الاثبات من أن « رأى الخبير لايقيد المحكمة » • وقضاء محكمة النقض يجرى من قديم على أن « قاضي الموضوع هو الخبير الاعلى فيما يتعلق بالوقائع المطروحة أمامه »[٢] • وقد قضت محكمة النقض بأن من حق قاضي الموضوع أن يحكم بصحة المحرر لأسباب سائغة وعدم تقيده برأى الخبير في ذلك أو تقيد رأيه بأسباب صريحة بل أن بيانها للاسباب التى تعتمد عليها يغنى[٣]• وقضت بأن من حق المحكمة عدم الأخذ برأى الخبراء المنتدبين والأخـذ برأى الخبير الاستشارى متى ثبت اقتناعها بأسباب مؤدية[٤] • وقضت بأن اعتماد المحكمة على المضاهاة التى أجرتها بنفسهـا بالاضـافة الى تقرير الخبير الذى ندبته ليس فيه تناقض[٥] • وقضت بحق محكمة الموضوع في ندب رئيس

---

(١) راجع المادة ٣٧ من قانون الاثبات ، راجع نقض ١٩٦٥/١٢/٢١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ١٣٠٠ •

(٢) راجع نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٣٢٢ •

(٣) نقض ١٩٤٢/١/٢٩ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ١٣ ٤، فقرة ٤٠ •

(٤) نقض ١٩٥١/٥/٢٢ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ١٤ ٤، فقرة ٤٢ ، نقض ١٩٧٠/٤/٢٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٦١٦ ، نقض ١٩٧٠/٤/٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٥٥٩ ، نقض ١٩٦٩/١١/٦ مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ١١٧٠ •

(٥) نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٣٢٢ •

مكتب ابحاث التزوير الذى سبق أن اعتمد تقرير الخبير المنتدب فى الدعوى ليعيد النظر فى التقرير على ضوء اطلاعه على تقرير الخبير الاستشارى(١) ٠

وبحسب نص المادة ١٥٣ من قانون الاثبات للمحكمة أن تأمر باستدعاء الخبير فى جلسة تحددها لمناقشته فى تقريره ان رأت حاجة لذلك ، ويبدى الخبير رأيه مؤيدا بأسبابه ، وتوجه اليه المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم ما تراه من الأسئلة مفيدا فى الدعوى ٠ واستدعاء الخبير على هذا النحو هو أمر جوازى للمحكمة ٠ وقد قضت محكمة النقض بأن مناقشة الخبير غير واجبة على المحكمة الا اذا كانت هى قد قررت هذا الاجراء(٢) ٠

واذا كان للمحكمة أن تطرح رأى الخبير المنتدب ، فان لها أيضا أن تأخذ به ٠ وقد قضت محكمة النقض بأن اقامة الحكم بالتزوير على استخلاص سائغ أخذا بتقرير الخبير المنتدب يعتبر ردا ضمنيا على طلب خبير مرجح ، وعلى التقرير الاستشارى(٣) ٠ وقضت بأن اقامة الحكم بالتزوير على أسباب سائغة أخذا بتقارير الخبراء المقدمة والقرائن التى أضافها فلا يعيبه عدم اشارته الى تنحى أحد الخبراء عن مهمته بحجة استحالة تحقيق الامضاء بدون مستحضرات انقطع استيرادها(٤) ٠ وقضت بأنه يجوز احالة الحكم فى بيان أوجه الخلاف بين الامضاء المطعون فيها والمضاهاة على تقرير الخبير(٥) ٠

ولكن اذا اخذت المحكمة بتقرير الخبير فلا يجوز لها أن تمسخه ٠ وقد قضت محكمة النقض بأن القضاء بالتزوير استنادا الى تقرير الخبير مع ثبوت أن هذا التقرير لم يقطع برأى فى التزوير يعتبر قصورا(٦) ٠ وقضت بأن

---

(١) نقض ٢/٤/١٩٧٠ . مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٥٥٩ ٠

(٢) نقض ٢٢/٥/١٩٥٢ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٣ ، فقرة ٣٣ ، نقض ٢٠/٤/١٩٥٢ . مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . جـ ١ ، ص ٤١٣ ، فقرة ٣٥ ٠

(٣) نقض ٢٦/٢/١٩٥٢ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . جـ ١ ، ص ٤١٣ ، فقرة ٣٦ ٠ وقضت محكمة النقض بجواز الاكتفاء برأى الخبير فى تعيينه زمن تحرير الورقة المطعون فيها بالتزوير وان تتخذ المحكمة من ذلك قرينة على صحتها . نقض ١/٣/١٩٤٥ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٢ . فقرة ٢٨ ٠

(٤) نقض ٢/٣/١٩٥٠ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة . جـ ١ ، ص ٤١٣ . فقرة ٣٧ ٠

(٥) نقض ١٤/١/١٩٥١ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٣ ، فقرة ٣٨ ٠

(٦) نقض ٢/٣/١٩٥٠ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٤ ، فقرة ٤٤ ٠

استناد الحكم في القضاء برد وبطلان السند المطعون فيه بالتزوير الى تقريرى الخبيرين المقدمين فى الدعوى برغم اختلافهما فى تحديد مواطن التزوير وطريقة حصوله والتفاوت الظاهر بين الرأيين فيهما يعتبر قصورا(١) ٠

١٠٠ - قيام المحكمة بالمضاهاة بنفسها :

حق المحكمة فى القيام بالمضاهاة بنفسها دون انتداب خبير ، يرجع الى القاعدة التى تقرر أن قاضى الموضوع هو الخبير الأعلى فى كل ما يتعلق بالوقائع المطروحة أمامه ٠ وقضت محكمة النقض بأن من حق المحكمة ان تجرى المضاهاة بنفسها دون الاستعانة بخبير ولو كان قد سبق صدور قرار منهـا بندب خبير(٢) ٠ وقضت بأن المحكمة غير ملزمة بتحرير تقرير بعمنية المضاهاة التى تجريها اذ حسبها أن تضمن حكمها ما عينته(٣) ٠

١٠١ - حق المحكمة فى القضاء بالتزوير على غير شواهده أو اذا عجز مدعيه عن اثباته :

وهذا الحق متفرع عن حق المحكمة فى الحكم بالتزوير من تلقاء نفسها ولو لم يدعى به أحد الخصوم ، فيكون لها من باب أولى أن تحكم بالتزوير على غير الشواهد التى قدمها مدعى التزوير أو اذا عجز المدعى عن اثبات دعواه ٠ وقد قضت محكمة النقض بأن محكمة الموضوع غير مقيدة بما يسفر عنه تحقيق الادلة المحكوم بقبولها ولها أن تستند الى أى دليل آخر تستنتجه من ظروف الدعوى ولو كان غير وارد فى أدلة التزوير(٤) أو كان على غير الشواهد التى أمرت بتحقيقها(٥) ، بشرط أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة(٦) ٠ وقضت

---

(١) نقض ١٩٥٦/٣/١٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٧ ، ص ٣٣٦ ٠

(٢) نقض ١٩٥١/٦/١٤ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ، ص ٤١٤ ، فقرة ٤٦ . راجع أيضا نقض ١٩٤١/١٢/١١ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٤ ، فقرة ٤٤ ، نقض ١٩٥٥/١٢/١٥ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٤ فقرة ٤٧ . نقض ١٩٤٨/١٢/١٦ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٤ ، فقرة ٤٨ ٠

(٣) نقض ١٩٥١/٦/١٤ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٥ ، فقرة ٤٩ ، راجع أيضا نقض ١٩٦٦/٥/٣١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ١٠٢٩ . نقض ١٩٦٩/٤/١٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ٦٢١ ٠

(٤) نقض ١٩٤٠/٥/٢ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٧ ، فقرة ٦٤ ٠

(٥) نقض ١٩٥٤/١٢/٢ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٧ ، فقرة ٦٥ ٠

بحق المحكمة فى الاقتناع بالتزوير ولو عجز مدعيه عن اثباته(١) • وقضت بجواز الحكم بتزوير المحرر ولو كان مدعى التزوير قد قرر فى شواهده أن الختم مصطنع له وتبين انه الختم الصحيح متى تبينت المحكمة من التحقيق أن التوقيع به تم بغير علمه(٢) •

١٠٢ - جواز اثبات التزوير بالبينة والقرائن :

رغم أن اثبات التزوير يؤدى الى دحض دليل كتابى ، كما أن نفى التزوير يؤدى الى الاعتراف بصحة هذا الدليل ، الا انه لا يشترط لذلك أى اثبات كتابى على عكس القاعدة التى تقرر انه لا يجوز اثبات عكس الثابت بكتابة الا بكتابة مثلها • ويرجع ذلك الى سببين • الأول هو أن الامر فى دعوى التزوير اذا ما قبست ادلته يكون متعلقا بجريمة أو غش • ومن الثابت أنه يجوز اثبات الغش بكل طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن • واذا كان من الجائز لمدعى التزوير أن يثبت ما يدعيه بكل طرق الاثبات ، فانه يتحتم القول بأن من حق المتمسك بالورقة أن يثبت صحتها بكل طرق الاثبات أيضا ، مراعاة للمساواة بين الخصوم فى استعمال حق الاثبات وتطبيقا للمبدأ الذى يقرر انه اذا جاز الاثبات بطريق من طرق الاثبات فيجوز اثبات العكس بنفس الطريق أيضا(٣) • وهو ما تقرره المادة ٦٩ من قانون الاثبات بنصها على أن « الاذن لأحد الخصوم باثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائما أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق » • والسبب الثانى الذى يبرر جواز اثبات التزوير بكل طرق الاثبات هو أن التحقيق كما تقول محكمة النقض « يدور فى هذه الأحوال حول صحة الورقة أو عدم صحتها وتنصرف أقوال الشهود والخبراء الى واقعة مادية فى حصول التوقيع بالامضاء أو الختم أو البصمة من يد من نسب اليه الورقة وبعلمه أو عدم حصول شىء من ذلك •

---

(١) قضت محكمة النقض بأن استدلال المحكمة على تزوير الورقة بدليل مرجعه مجرد الشك فى تاريخها الذى لم يكن محل طعن استدلال فاسد ، نقض ١٩٤٧/٥/١٥ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٧ ، فقرة ٦٨

(٢) نقض ١٩٥٣/٢/١٢ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٧ ، فقرة ٦٦ •

(٣) نقض ١٩٥٢/٥/١ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤٧ ، فقرة ٦٧ •

(٤) نقض ١٩٤٢/١/٢٩ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٥ ، فقرة ٦١ •

وليست هذه الوقائع بذاتها مما يمكن الحصول على محرر لاثباتها(١) • فالتزوير هو واقعة مادية يتحتم قبول كل طرق الاثبات فى الاستدلال على وجودها أو عدم وجودها •

والواقع أن قضاء محكمة النقض متواتر على جواز اثبات التزوير بالبينة والقرائن ، وأن ذلك يدخل فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية بشرط أن يقيم حكمه على أسباب سائغة مقبولة عقلا(٢) • وانه اذا أقامت المحكمة الحكم بالتزوير على مجموعة قرائن مجتمعة فلا يجوز الطعن فى حكمها على أساس عدم كفاية كل قرينة على حدة لاثبات التزوير(٣)

١٠٣ - عدم لزوم بيان طريقة التزوير :

استقرت أحكام القضاء على أن الحكم الذى يقضى بتزوير ورقة ليس ملزما ببيان طريقة التزوير اذ يكفى أن يقتنع القاضى بعدم صحة الورقة ليقضى بتزويرها دون البحث فى أى الوسائل اتبعت فى ذلك(٤) • وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفى للقضاء بتزوير الورقة اثبات عدم صدورها ممن أستندت اليه دون حاجة لبيان طريقة التزوير(٥) • ومن الطرق المألوفة للتزوير قيام شخص آخر بالتوقيع على الورقة غير الشخص المنسوب اليه هذا

---

(١) نقض ١٩٥٥/١٢/٨ مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٥ ، فقرة ٥٢ •

(٢) نقض ١٩٣٥/٥/١٦ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٥ ، فقرة ٥٠ ، نقض ١٩٥٥/٢/١٠ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، فقرة ٥٤ نقض ١٩٤٢/١٢/٣١ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٥ ، فقرة ٥٣ ، نقض ١٩٥٥/٤/٧ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٥ ، فقرة ٥٥ ، نقض ١٩٥٠/٢/٢ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤٥ ، فقرة ٥٦ ، نقض ١٩٥١/٦/١٤ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ١٤٦ ، فقرة ٥٨ ، نقض ١٩٤٧/٦/٥ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤١٦ ، فقرة ٥٦ •

(٣) نقض ١٩٦٦/١٢/٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ١٨٤٦ ، نقض ١٩٦٩/١/١٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ٩٥ ، نقض ١٩٦٧/٢/١٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ٦٧٢ •

(٤) نقض ١٩٤١/١٠/٣٠ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤٢٠ ، فقرة ٨٧ ، نقض ١٩٥١/٦/١٤ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤٢٠ ، فقرة ٨٨ ، نقض ١٩٥٤/١٢/٢ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤٢٠ ، فقرة ٨٩ •

(٥) نقض ١٩٦٧/٢/١٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ٦٧٢ ، نقض ١٩٦٤/١٠/٢٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ٩٨٧ •

التوقيع ، أو الاضافة الى هذه الورقة أو ازالة جزء منها بالقطع أو التمزيق لرفع بعض عباراتها(١) .

١٠٤ - غرامة الادعاء بالتزوير بغير حق :

نص المشرع على غرامة توقع على من يدعى بتزوير ورقة ثم يحكم بسقوط هذا الادعاء أو رفضه وذلك للمحافظة على قيمة الأدلة الكتابية فى الاثبات ، وحتى لا يقدم أحد الخصوم على الادعاء بتزوير ورقة عن خفة وعدم روية . وقد نصت المادة ٥٦ من قانون الاثبات على أنه « اذا حكم بسقوط حق مدعى التزوير فى ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة لا تقل عن خمسة وعشرين جنيها ولا تجاوز مائة جنيه * - ولا يحكم عليه بشىء اذا ثبت بعض ما ادعاه » . وينطبق هذا النص فى حالة الحكم بسقوط الادعاء بالتزوير طبقا للمادة ٤٩/٢ جزاء على عدم اعلان الخصم الآخر بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير واجراءات التحقيق المطلوب اثباته بها . وينطبق هذا الحكم أيضا اذا حكم برفض الادعاء بالتزوير بعد اقتناع المحكمة بصحة الورقة المطعون فيها . ولكن لا يحكم بهذه الغرامة فى حالة عدم قبول الادعاء بالتزوير بسبب عدم انتاجه فى الدعوى الأصلية(٢) . ونظرا لأن غرامة التزوير التى كانت مقررة فى قانون المرافعات القديم (م ٢٩١) كانت محددة بعشرين جنيها ، فان هذا القانون هو الذى يسرى على الادعاء بالتزوير الذى يقدم فى ظله ، ولا يسرى قانون المرافعات لسنة ١٩٤٩ الذى رفع الغرامة الى خمس وعشرين جنيهـا (م ٢٨٨) ، أو قانون الاثبات الجديد الذى رفع الغرامة فجعلها تتراوح بين خمس وعشرين جنيها ومائة جنيه(٣) .

وغرامة التزوير هى جزاء وجوبى ينبغى الحكم به اذا توافرت شروطه .

---

* زاد هذا المبلغ عشرين مثلا. ق٢٣ لسنة ١٩٩٢ وق ١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع الملحق رقم (١) والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب.

(١) نقض ٥/٥/١٩٧٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٧٩٦ .

(٢) نقض ١٩٥٥/٤/٧ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤٢٢ ، فقرة ١٠٦ .

(٣) فى هذا المعنى : نقض ١٩٥٢/١٠/٣٠ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤٢٣ ، فقرة ١٠٨ ، نقض ١٩٥٥/٢/١٠ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤٢٣ ، فقرة ١٠٩ ، نقض ١٩٥٥/٤/٢٨ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤٢٣ ، فقرة ١١١ .

ويحكم بالغرامة القاضي المدني الذي يطعن أمامه بالتزوير • وذلك بخلاف ما اذا ثبت التزوير فان الحكم بعقوبة التزوير على من ارتكب هذه الجريمة يكون من اختصـــاص القاضي الجنائي(١) • وتختلف هذه العقوبة بحسب ما اذا كان التزوير في أوراق رسمية أو عرفية على النحو المقرر في قانون العقوبات •

١٠٥ ـ التنازل عن التمسك بالورقة المدعى بتزويرها :

تنص المادة ٥٧ من قانون الاثبات على أن « للمدعى عليه بالتزوير انهاء اجراءات الادعاء في اية حالة كانت عليها بنزوله عن التمسك بالمحرر المطعون فيه • ـ وللمحكمة في هذه الحالة أن تأمر بضبط المحرر أو بحفظه اذا طلب مدعي التزوير ذلك لمصلحة مشروعة » • وطبقا لهذا النص فان تنازل المتمسك بالورقة المطعون فيها بالتزوير يوجب قفل باب المرافعة في مادة التزوير سواء طلب ذلك أحد الخصوم أو لم يطلب ذلك أحد منهم(٢) • ولكن لابد لانطباق هذا الحكم من التنازل عن التمسك بالورقة في مجموعها فاذا حدث التنازل فقط بالنسبة لبعض أجزائها كتاريخها مثلا فلا يكون هناك محل لاعمال هذا الحكم(٣) •

والتنازل عن التمسك بالورقة المطعون فيها كما يوقف اجراءات التحقيق في صحة الورقة ، فانه يوقف أيضا حق المحكمة في الحكم بتزوير الورقة من تلقاء نفسها • فاذا قضت المحكمة ببطلان الورقة رغم التنازل عن التمسك بها كان حكمها مخالفا للقانون(٤) • ولكن يجوز للمحكمة أن تأمر بضبط المحرر أو بحفظه اذا طلب مدعي التزوير ذلك لعلة مشروعة •

١٠٦ ـ دعوى التزوير الأصلية :

الأصل أن الادعاء بالتزوير يتم أمام القضاء في دعوى أصلية يتمسك فيها أحد الخصوم بورقة معينه ويدعي الخصم الآخر بتزوير هـــذه الورقة •

---

(١) نقض ١٩٤٩/٦/٢ . مجموعة القواعد في ٢٥ سنة جـ ١ . ص ٤٢٢ ، فقرة ١٠٢

(٢) نقض ١٩٤٩/٦/ مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . جـ ١ ص ٤٢٢ ، فقرة ١٠١ •

(٣) نقض ١٩٤٨/٥/٢ مجموعة القواعد في ٢٥ سنة . جـ ١ ، ص ٤٢٢ ، فقرة ١٠٣

(٤) نقض ١٩٤٩/٦/٢ السابق الاشارة اليه . نقض ١٩٦٧/٣/١٦ ، مجموعة المكتب الفني س ١٨ ، ص ٦٧٢ •

ويسمى الادعاء بالتزوير فى هذه الحالة دعوى التزوير الفرعية • ومن أحكام الدعوى الفرعية أن قيمتها تقدر بقيمة الدعوى الأصلية(١) ، كما أنه لا يجوز الفصل فى الدعوى الأصلية ودعوى التزوير الفرعية بحكم واحد ، بل لابد من الفصل أولا فى دعوى التزوير الفرعية ثم الفصل بعد ذلك فى الدعوى الأصلية(٢) •

ولكن من الجائز أن ترفع دعوى التزوير بصفة أصلية أى قبل رفع أى دعوى أخرى يتم فيها التمسك بالورقة المدعى بتزويرها • وتنص المادة ٥٩ من قانون الاثبات على انه « يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بمحرر مزور أن يختصم من بيده ذلك المحرر ومن يفيد منه لسماع الحكم بتزويره ، ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة • ــ وتراعى المحكمة فى تحقيق هذه الدعوى والحكم فيها القواعد المنصوص عليها فى هذا الفرع والفرع السابق عليه » •

وهذا النص يقابل المادة ٢٩١ من قانون المرافعات الملغى لسنة ١٩٤٩ ، وكان القضاء يأخذ بحكمه بغير نص فى ظل قانون المرافعات القديم السابق على قانون سنة ١٩٤٩ المشار اليه(٣) •

وبطبيعة الحال لا يجوز الالتجاء الى دعوى التزوير الاصلية اذا كان قد حصل فعلا الاحتجاج بالورقة المدعى بتزويرها فى نزاع قائم أمام القضاء ، ففى هذه الحالة يتعين على مدعى التزوير أن يسلك طريق الادعـــاء بالتزوير كوسيلة دفاع فى ذات موضوع الدعـوى ، أى يلجـــأ الى دعـــوى التزوير الفرعية(٤) •

ويلاحظ أن دعوى التزوير الأصلية تعتبر تطبيقا من تطبيقات الدعاوى التى لا يشترط فيها توافر المصلحة القائمة لقبولها بل تكفى فيها المصلحة المحتملة(٥) • ويتم التحقيق فى دعـوى التزوير الأصـلية بنفس الاجراءات

---

(١) نقض ١٩٥٦/٦/٢١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٧ ، ص ٧٤٢ ،
(٢) نقض ١٩٦٥/١١/١٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ١١٠٥ •
(٣) نقض ١٩٣٩/٣/٣٠ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤٢٥ ، فقرة ١١٩ •
(٤) نقض ١٩٦٥/١١/١١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ١٠٠٩ •
(٥) رمزى سيف ، فقرة ٨٨ ، ص ١٢٣ وما بعدها •

السابق دراستها بصدد دعوى التزوير الفرعية ، ويصدر فيها الحكم اما بصحة الورقة أو ببطلانها ٠

المبحث الثانى

تحقيق الخطـــوط

١٠٧ - حالات تحقيق الخطوط :

تتخذ اجراءات تحقيق الخطوط عندما يحدث انكار للخط أو للتوقيع على ورقة عرفية ممن صدر منه الخط أو التوقيع أو عندما يحدث ادعاء بالجهالة من الوارث أو الخلف للشخص المنسوب اليه الخط أو التوقيـــع ٠ وهـــذه الاجراءات قاصرة فقط على الورقة العرفية ٠ ولا تنطبق على الورقة الرسمية التى لا يجوز انكار التوقيع الوارد عليها الا بطريق الادعاء بالتزوير على النحو السابق دراسته ٠

ومع ذلك فان الورقة العرفية لا يجوز انكار التوقيع الوارد عليها اذا كان هذا التوقيع مصدقا عليه أمام الموثق ، أو كان قد صدر حكم بصحته ، سواء صدر هذا الحكم فى دعوى صحة توقيع أصلية ، أو أصدره القاضى من تلقاء نفسه قبل الحكم فى موضوع الدعوى الأصلية طبقا لحق القاضى فى الحكم من تلقاء نفسه بصحة أو بطلان أية ورقة مقدمة فى الدعوى ٠ ولا يجـــوز انكار التوقيع الوارد على الورقة العرفيـــة اذا كان قد اعترف بها الشخص المنسوب اليه التوقيع عليها ، أو كان قد تكلم فى الموضوع الذى تتضمنه هذه الورقة (م ٣/١٤ من قانون الاثبات) ٠ وفى كل هذه الحالات يظل من الجائز الطعن فى الورقة بالتزوير لاثبات انه رغم صحة التوقيع الوارد عليها الا أن صاحب التوقيع لم يوقع على هذه الورقة باختياره كأن تكون الورقة قد دست عليه أو حدث تغيير فى مضمونها بطريق الاضافة أو الحذف(١) ٠

فاجراءات تحقيق الخطوط تقتصر اذن على الحالات التى يحدث فيها انكار

---

(١) نقض ١٩٥٨/٦/٢٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٩ ، ص ٦٣٣ ٠

للخط أو للتوقيع أو ادعاء بجهالة الخط أو التوقيع على ورقة عرفية لم تثبت صحة الخط أو صحة التوقيع عليها من قبل(١) ٠

ويقع عبء اثبات صحة الورقة العرفية على من يتمسك بها(٢) ٠

١٠٨ - شروط الأمر بالتحقيق :

تنص المادة ٣٠ من قانون الاثبات على انه « اذا أنكر من يشهد عليه المحرر خطه أو امضاءه أو ختمه أو بصمة اصبعه أو أنكر ذلك خلفه أو نائبه وكان المحرر منتجا فى النزاع ولم تكفى وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة فى شأن صحة الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة اصبعه أمرت المحكمة بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما » ٠

ويتضح من هذا النص أن شروط الأمر بالتحقيق أن يكون انكار التوقيع أو الخط أو الادعاء بالجهالة منتجا فى النزاع ، وألا يوجد فى وقائع الدعوى ومستنداتها ما يكفى لتكوين عقيدة المحكمة بصحة الخط أو التوقيع ٠

ويرجع فى دراسة هذين الشرطين الى ما سبق أن ذكرناه بصدد شروط قبول الادعاء بالتزوير ، حيث يتحد الحكم فى الفرضين ٠

وهناك شرط ثالث لقبول الأمر بالتحقيق هو أن يكون من الجائز انكار التوقيع أو الخط أو الادعاء بالجهالة ٠ وقد سبق أن رأينا أن ذلك لا يجوز اذا

---

(١) أما اذا ما أقتصر من تشهد عليه الورقة بانكار صحة ما ورد بهذه الورقة كله أو بعضه فانه لا يكون منكرا لصدور الورقة منه ولا تسقط بالتالى حجية الورقة فى الاثبات ٠ ولا تكون هناك حاجة الى اتخاذ اجراءات التحقيق ، بل على من يطعن فى صحة الوقائع الثابتة بالورقة أن يثبت ما يدعيه عن طريق الكتابة ، لأن الورقة العرفية حجة بالنسبة لصحة الوقائع الثابتة بها الى أن يثبت العكس بدليل مساو للورقة ذاتها ، وهو دليل كتابى بحسب الأصل ٠ وقد قضت محكمة النقض بأن الورقة العرفية حجة بما دون فيها على من نسب اليه توقيعه عليها الا اذا أنكر ذات الامضاء أو الختم الموقع به صراحة ٠ أما اقتصار الانكار على المدون بالورقة كله أو بعضه فليس انكارا بالمعنى المقصود فى المادة ١/٣٩٤ مدنى (المقابلة للمادة ١٤ من قانون الاثبات الجديد) ٠ نقض ١٩٦٧/٤/٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ٧٦٠ ٠

(٢) نقض ١٩٥٥/٦/٢ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٣٠٩ ، فقرة ١٧ ٠

تعلق الأمر بورقة رسمية ، أو بورقة عرفية تم التصديق عليها أمام الموثق أو صدر حكم أو اعتراف بصحة التوقيع الوارد عليها(١) • وهـذا الشرط الثالث له ما يقابله أيضا فى شروط الادعاء بالتزوير وان اختلف مضمون الشرط هنا عن مضمونه هناك •

أما الشرط الرابع من شروط قبول الادعاء بالتزوير وهو أن أن تكون الشواهد التى يستدل بها مدعى التزوير منتجة فى اثباته ، فلا مقابل له هنا بصدد انكار الخط أو التوقيع أو الادعاء بالجهالة • والسبب في ذلك أن حجية الورقة العرفية من حيث صدورها ممن هو منسوبة اليه تسقط بمجرد انكار الخط أو التوقيع ، ويكون على المتمسك بالورقة أن يثبت صحة الخط أوالتوقيع عن طريق اجراءات تحقيق الخطوط • فاذا كان القانون يسقط حجية الورقة العرفية من حيث صدورها من الشخص المنسوبة اليه بمجرد الانكار فلايكون هناك مقتض لتكليف هذا الشخص ذاته بتقديم شواهد تؤيد انكـاره ، اذ الانكار وحده يكفى • أما من يدعى بالتزوير فيقع عليه عبء اثبات التزوير ، ولذلك لابد فى قبول دعواه أن تكون قائمة على شواهد تؤيدها •

واجراءات التحقيق اما أن تكون بطريق المضاهاة ، أو بالاستماع الى الشهود ، أو بالطريقين معا •

١٠٩ ـ التحقيق بالمضاهاة : احالة :

التحقيق بالمضاهاة يمكن أن يتم بواسطة أهل الخبرة ، على النحـو السابق دراسته فى تحقيق الادعاء بالتزوير • والحكم واحد فى الحالتين ، وهو ما قررته المادة ٥٤ من قانون الاثبات بصدد التحقيق فى التزوير • ونحيل فى دراسة هذه المسألة الى ما سبق أن ذكرناه فى هذا الشأن •

ومن ناحية أخرى فان من حق القاضى أن يقوم بالمضاهاة كما هو الشأن بالنسبة للتحقيق فى التزوير •

---

(١) نقض ١٩٦٩/٣/١١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ٤٠٤ •

١١٠ - التحقيق بسماع الشهود :

تنص المادة ٤٢ من قانون الاثبات على أن « لا تسمع شهادة الشهود الا فيما يتعلق باثبات حصول الكتابة أو الامضاء أو الختم أو بصمة الاصبع على المحرر المقتضى تحقيقه ممن نسبت اليه . وتراعى فى هذه الحالة القواعد المقررة فى الفصل الخاص بشهادة الشهود » .

والحكم الذى يقرر هذا النص فى فقرته الأولى يعتبر تطبيقا للقواعد الخاصة بحجية الورقة من حيث صحة الوقائع الواردة بها . وطبقا لهذه القواعد لا يجوز اثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة الا بطريق الكتابة أيضا . فلا يجوز اثبات عدم انعقاد العقد الثابت فى ورقة عرفية بطريق الشهادة . ولذلك اذا أنكر الشخص المنسوب اليه التوقيع على هذه الورقة صدور هذا التوقيع منه ، فلا تقبل شهادة الشهود الا بصدد صدور التوقيع أو عدم صدوره ، لا بصدد تطابق الارادتين أو عدم تطابقهما .

وفى هذا يختلف التحقيق فى صحة الخط أو التوقيع ، عن التحقيق فى الادعاء بالتزوير . ففيما يتعلق بالتزوير يجوز الاثبات بالشهادة والقرائن ليس فقط بخصوص صدور التوقيع من عدمه بل وبخصوص التصرف ذاته الذى تشهد عليه الورقة المدعى بتزويرها . وسبب الاختلاف فى الحالتين أن التزوير يتعلق بجريمة أو غش مما يجوز اثباته بجميع الطرق ولو تعلق الأمر بالتصرف الوارد بالورقة المدعى بتزويرها[1] .

١١١ - غرامة انكار الورقة الصحيحة :

نصت المادة ٤٣ من قانون الاثبات على انه « اذا حكم بصحة كل المحرر فيحكم على من أنكره بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز خمسين جنيها » .[2]

والغرامة المقررة فى هذا النص هى غرامة مدنية مقررة لمصلحة الخزانة العامة ضد من ينكر ورقة عرفية صحيحة فيؤدى بانكاره الى تعطيل سير

---

(١) قضت محكمة النقض بأن القاعدة التى تقصر سماع البينة على واقعة الكتابة أو الامضاء دون الالتزام الثابت بها مقصورة على تحقيق الخطوط ولا مجال لتطبيقها فى دعوى التزوير .

(٢) زاد هذا المبلغ عشرين مثلا. ق٢٣ لسنة ١٩٩٢ وق ١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع الملحق رقم (١) والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب.

العدالة · وتشبه هذه الغرامة فى طبيعتها وأحكامها ، الغرامة التى توقع على من يدعى تزوير ورقة رسمية أو عرفية ثم يحكم بسقوط هذا الادعاء أو رفضه مع الفارق فى أن غرامة انكار الورقة الصحيحة تتراوح بين عشرة جنيهات وخمسين جنيها ·

ولكن تتفق الغرامتان فى أن الحكم بأى منهما وجوبى عند وقوع المخالفة· كما أن الغرامة التى توقع هى تلك المنصوص عليها فى القانون الذى حدثت فى ظله أى الذى حدث الادعاء بالتزوير أو انكار الورقة الصحيحة فى ظله ، حتى ولو صدر الحكم فى ظل قانون جديد رفع مبلغ الغرامة ، كما فعل قانون الاثبات الذى رفع الغرامة بالنسبة لكل من المخالفتين(١) · وقد صدرت فى هذا المعنى عدة أحكام لمحكمة النقض أشرنا اليها بصدد غرامة الادعاء بالتزوير.

وغرامة انكار الورقة الصحيحة لا يحكم بها الا اذا حكم بصحة كل المحرر ، أى اذا ثبت كذب الانكار فى مجموعه · أما اذا تبين أن الورقة صحيحة فى جزء منها وغير صحيحة فى الجزء الآخر ، كما لو تبين أنها مكتوبة بخط المدين ولكنها غير موقعة بامضائه ، وكان الشخص المنسوب اليه الورقة

---

(١) راجع ما سبق فقرة رقم ٥١٧ ، رقم ١ ، رقم ٣ ·
نقض ٢٩/١/١٩٤٢ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ . ص ٤١٥ ، فقرة ٥٢ ·

(٢) جاء فى المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات ما يأتى : « رفع المشروع فى المادتين ٤٢ ، ٥٦ منه الغرامة المنصوص عليها فى المادتين ٢٧٥ ، ٢٨٨ المقابلتين لهما فى قانون المرافعات القائم (السابق) والتى يحكم بها عند الحكم بصحة الورقة بعد رفض الدفع بانكار الخط أو الامضاء أو الختم أو البصمة المنسوبة لمن تشهد عليه ، أو بعد رفض الادعاء بتزويرها ، فجعل هذه الغرامة فى الحالة الاولى لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز خمسين جنيها فى حين يجعلها القانون القائم (السابق) لا تقل عن أربعة جنيهات ولا تجاوز خمسة عشر جنيها ، وجعلها فى الحالة الثانية لا تقل عن خمسة وعشرين جنيها ولا تجاوز مائة جنيه فى حين يحددها القانون القائم (السابق) خمسة وعشرين جنيها ، وقد حدا المشرع الى هذا الاتجاه حرصه على ضمان جدية سلوك سبيل الدفع بالانكار أو الادعاء بالتزوير لخطورة هذا المسلك بما يترتب عليه من تعطيل للفصل فى الدعوى ووقف لصلاحية المحرر المطعون عليه بالتزوير للتنفيذ عند الحكم بتحقيق الادعاء بتزويره » ·

قد أنكر أنها بخطه أو بإمضائه ، فلا يحكم بالغرامة فى هذه الحالة لأن الانكار كان على حق فى جزء منه ·

ولا يحكم بالغرامة كذلك اذا اعترف من أنكر الورقة بصحتها قبل أن يصدر حكم بذلك · ولا يحكم بالغرامة أيضا اذا سقطت الخصومة طبقا للمادة ١٣٤ من قانون المرافعات ، أو اذا انقضت الخصومة بالتقادم طبقا للمادة ١٤٠ من قانون المرافعات ، أو اذا حكم باعتبارها كأن لم تكن ، أو اذا انقضت لأى سبب من أسباب الانقضاء دون الحكم فى موضوعها(١) · فشرط الحكم بالغرامة هو أن يصدر حكم بصحة الورقة العرفية بعد الادعاء بانكارها · ويستتبع ذلك أيضا أن الغرامة لا يحكم بها اذا أصدر القاضى حكما من تلقاء نفسه بصحة الورقة العرفية دون أن يسبق ذلك انكار لصحتها من جانب الشخص المنسوبة اليه هذه الورقة · ولا يحكم بالغرامة اذا صدر حكم بعدم قبول انكار الورقة لعدم توافر شروط الامر بالتحقيق السابق ذكرها(٢) · ولا يحكم بالغرامة بطبيعة الحالة اذا كان الشخص المنسوب اليه التوقيع على الورقة ، لم ينكر صحة صدورها منه ، ولكنه أنكر فقط صحة الوقائع الواردة بها ولم يقم باثبات عكس ما ينكره ، لان الانكار فى هذه الحالة لا يستتبع اجراءات تحقيق الخطوط ، ولا يسقط حجية صدور الورقة ممن صدرت منه ، وقد ذكرنا ذلك من قبل(٣) ·

ويذهب البعض الى أن الغرامة يحكم بها فقط عند صدور الحكم بصحة الورقة العرفية بعد انكارها من الشخص المنسوبة اليه ، ولكن لا يحكم بها عند الادعاء بجهالتها من شخص آخر غيره كالوارث أو الخلف(٤) · وعبارة النص تؤيد هذا الرأى لأنها تقرر الغرامة ضد من أنكر المحرر ، والانكار غير الادعاء بالجهالة ولا يجوز التوسع فى تفسير النصوص الجزائية ·

---

(١) أحمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الاثبات ، جـ ٢ ، ص ١١٢٣ ·

(٢) نقض ١٩٣٥/٤/٢٥ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٣٠٩ ، فقرة ١٦ ·

(٣) راجع ما سبق ، فقرة ٥٢٦ ، وراجع نقض ١٩٦٧/٤/٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ٧٦٠ ·

(٤) محمد حامد فهمى ، فقرة ٥٤٠ ، ص ٥٦١ ، والمشماوى ، فقرة ٩٣٧ ، ص ٥٠٦ ، ـ . اليهما فى : أحمد أبو الوفا المرجع السابق ، ص ١١٢٣ ·

١١٢ ـ دعوى تحقيق الخطوط الأصليه :

تنص المادة من ٤٥ من قانون الاثبات على انه « يجوز لمن بيده محرر غير رسمي أن يختصم من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بخطه أو بامضائه أو بختمه أو ببصمة اصبعه ولو كان الالتزام الوارد به غير مستحق الاداء ويكون ذلك بدعوى أصلية بالاجراءات المعتادة » ٠

وتنص المادة ٤٦ من قانون الاثبات على انه « اذا حضر المدعى عليه وأقر أثبتت المحكمة اقراره ، وتكون جميع المصروفات على المدعي ويعتبر المحرر معترفا به اذا سكت المدعى عليه أو لم ينكره أو لم ينسبه الى سواه » ٠وتنص المادة ٤٧ على انه « اذا لم يحضر المدعى عليه حكمت المحكمة في غيبته بصحة الخط أو الامضاء أو الختم أو ببصمة الاصبع ٠ ويجوز استئناف هذا الحكم في جميع الاحوال » ٠ وتنص المادة ٤٨ على انه « اذا أنكر المدعى عليه الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الاصبع فيجرى التحقيق طبقا للقواعد المتقدمة » ٠ ويستخلص من هذه النصوص ما يأتي .

(١) دعوى تحقيق الخطوط الاصليه هي دعوى أصلية ترفع باجراءات أصلية . وهي بذلك تختلف عن اجراءات تحقيق الخطوط الفرعية التي تتم عندما يحدث انكار لورقة عرفية اثناء النظر في دعوى أخرى أصلية ٠

(٢) مصلحة المدعي في دعوى تحقيق الخطوط الأصلية هي غالبا مصلحة احتمالية وهي الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع ٠ فالمستفيد من الورقة العرفية التي لم يستحق أداء الالتزام الوارد بهـــا يخشى أن يموت الشخص الذي وقع على هذه الورقة قبل حلول الالتزام فيدعي ورثته من بعده جهالتهم لصدور هذه الورقة من مورثهم ٠ فقطعا لكل نزاع من هذا القبيل يرفع المستفيد من الورقة العرفية دعوى تحقيق الخطوط الاصليه ليحصل على حكم بصحة التوقيع الوارد على هذه الورقة ، وهو حكم يعطي حجية على صحة الورقة العرفية سواء في مواجهة الشخص المنسوبة اليه أو في مواجهة أي شخص آخر ٠

(٣) ومع ذلك فان مصلحة المدعى فى هذه الدعوى قد تكون حالة[1] ، كما لو رفعت دعوى صحة توقيع عقد بيع فى الفرض الخاص بامتناع البائع عن التصديق على توقيعه على هذا العقد أمام الموثق بمكتب التوثيق وهو اجراء لازم لتسجيل عقد البيع ، ويقوم الحكم بصحة التوقيع مقام التصديق على التوقيع المشار اليه ، وتنتقل الملكية الى المشترى بمجرد تسجيل عقد البيع وكذلك تسجيل الحكم الصادر بصحة التوقيع على هذا العقد •

(٤) سواء كانت مصلحة المدعى حالة أم محتملة فان الورقة تعتبر صحيحة فى الحالات الآتية :

أ - اذا حضر المدعى عليه وأقر بصحة الورقة أو سكت أو لم ينكر الورقة أو لم ينسبها الى سواه • وفى جميع هذه الفروض فان القاضى يثبت الاقرار أو ما يقوم مقام الاقرار ، ويحكم بجميع المصروفات على المدعى •

ب - اذا لم يحضر المدعى عليه فان القاضى يعتبر عدم حضوره تسليما منه بصحة الورقة ، وذلك على خلاف الأصل فىّ أن غياب المدعى عليه لايعتبر فى ذاته تسليما بطلبات المدعى • وفى هذا الفرض يحكم القاضى أيضا بصحة الورقة العرفية • وان كان من الجائز استئناف هذا الحكم حتى ولو كانت قيمة الدعوى أقل من النصاب الذى يجوز فيه الاستئناف[2] •

جـ - اذا حضر المدعى عليه وأنكر صحة الورقة ، فان القاضى يأمر فى هذه الحالة باجراءات التحقيق السابق ذكرها سواء بطريق المضاهاة أو بسماع الشهود • واذا تبين له من هذه الاجراءات أن الورقة صحيحة فانه

---

(١) جرت العادة على دراسة دعوى تحقيق الخطوط الأصلية ضمن الدعاوى التى تكون فيها المصلحة احتمالية وليست حالة • ولكن ليس هناك ما يمنع فى الواقع أن تكون المصلحة فيها حالة أيضا • ويكون الحكم بصحة الورقة كافيا فى ذاته لقطع كل نزاع آخر بين طرفى هذه الورقة • فترفع دعوى صحة التوقيع بصفة أصلية وبصفة مستقلة كذلك عن أى دعوى أخرى • ويصدق ذلك على دعوى صحة توقيع عقد البيع المشار اليها فى المتن • وكذلك فان نص المادة ٤٥ من قانون الاثبات الذى يجيز رفع هذه الدعوى « ولو كان الالتزام الوارد به (بالمحرر) غير مستحق الأداء ••• » يعنى أن هذه الدعوى يمكن رفعها ومن باب أولى اذا كان الالتزام الوارد بالمحرر أصبح مستحق الأداء فعلا •

(٢) رمزى سيف ، ص ١٣٦ . أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص ١٢٦ •

يحكم بصحتها ويوقع على من أنكرها الغرامة السابق ذكرها ٠ أما اذا أسفرت اجراءات التحقيق عن عدم صحة الورقة ، فان القاضى يحكم ببطلان الورقة العرفية وعدم صحتها ٠

١١٣ ـ حكم مشترك بين دعوى التزوير الفرعية وبين اجراءات تحقيق الخطوط الفرعية :

تنص المادة ٤٤ من قانون الاثبات على انه « اذا قضت المحكمة بصحة المحرر أو برده أو قضت بسقوط الحق فى اثبات صحته أخذت فى نظر موضوع الدعوى فى الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة » ٠ ويستفاد من هذا النص انه اذا قرر القاضى قبول دعوى التزوير الفرعية ، أو دعوى تحقيق الخطوط الفرعية فيتعين عليه أن يوقف الفصل فى الدعوى الأصلية ، لأن الحكم فى الدعوى الفرعية سيكون حاسما فى الدعوى الأصلية ٠ (١)

ويترتب على ذلك أيضا انه اذا حكم القاضى بتزوير الورقة ، رسمية كانت أو عرفية ، فلا يجوز له أن يحكم فى موضوع الدعوى الاصلية فى نفس الوقت لأنه بذلك يحرم المتمسك بالورقة من اثبات حقه بطريقة أخرى ٠ وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه « لا يجوز الحكم بتزوير الورقة وفى الموضوع معا بل يجب أن يكون القضاء بالتزوير سابقا على الحكم فى موضوع

(١) راجع ما سبق . فقرة ٦١ ، راجع نقض ١٩٣٦/٢/١٣ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة، جـ ١ ، ص ٤٢٤ ، فقرة ١١٨ ، نقض ١٩٤٣/٤/٢٩ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٤٢٥ ، فقرة ١٢٠ ، نقض ١٩٧٠/٥/٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٧٩٦ . ويتطبق نفس المبدأ اذا كان قد صدر حكم بعدم قبول انكار صحة الورقة العرفية . راجع : نقض ١٩٣٦/١١/١٩ ، مجموعة القواعد فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٣٠٨ ، فقرة ١٣ ٠

الدعوى وذلك حتى لا يحرم الخصم الذى تمسك بالورقة التى قضى بتزويرها من أن يقدم ما عسى أن يكون لديه من أدلة قانونية أخرى لاثبات ما أراد اثباته • والحكم برد وبطلان عقد البيع ـ المطعـون فيه بالتزوير ـ لا يعنى بطلان الاتفاق ذاته وانما بطلان الورقة المثبتة له ومن ثم فان هذا الحكم لايحول دون اثبات حصول هذا الاتفاق بأى دليل آخر مقبول قانونا »(١) •

ويترتب على ذلك أخيرا أنه اذا حكم القاضى بصحة الورقة المدعى بتزويرها أو التى حدث انكارها ، فلا يجوز له الحكم فى نفس الوقت فى موضوع الدعوى الاصلية ، لأنه بذلك يحرم من تشهد عليه هذه الورقة من اثبات عكس الثابت بها بدليل آخر • وقد سبق أن رأينا أن حجية الاوراق الرسمية فيما تلقاه الموثق عن ذوى الشأن ، وكذلك حجية الورقة العرفية فى كل ما يتعلق بصحة الوقائع الواردة بها ، هى حجية تظل قائمة الى أن يثبت العكس ، سواء بدليل كتابى آخر ، أو بغير دليل كتابى كما فى حالة الغش مثلا • •

ويخلص من كل ذلك أن الحكم بصحة الورقة أو بعدم صحتها أو بتزويرها يعنى فقط أن أحد الخصوم قد كسب جولة فى معركة الاثبات • فلا يجوز الحكم فى موضوع الدعوى الأصلية قبل تمكين الخصم الآخر من الرد على ما حققه خصمه من كسب • ويكون ذلك عن طريق النظر فى الدعوى الاصلية من جديد ، وهو ما يجوز اما فى نفس الجلسة التى صدر فيها الحكم فى الدعوى الفرعية أو فى جلسة أخرى يحدد ميعادها فى أقرب وقت •

تنويــة

رفع الحد الجائز فيه الاثبات بالشهادة من وقت إلى آخر

طبقا للمادة ٤٠٠ من التقنين المدنى كان الحد الجائز فيه الاثبات بالشهادة هو عشرة جنيهات أو أقل. وعندما صدر قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، أصبح هذا الحد هو ما لا يجاوز عشرين جنيها. ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ الذى رفع الحد إلى ما لا يجاوز مائه جنيه. وأخيرا صدر القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩، الذى نص فى الفقرة الثالثة من المادة الأولى منه، على أنه «وتستبدل عبارة (خمسمائه جنيه) بعبارة (مائه جنيه) أينما وردت فى نص المادتين ٦٠ و٦١ من قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية». وهكذا ارتفع الحد الجائز الاثبات فيه بالشهادة إلى خمسمائه جنيه.

ونظرا لأن هذا الحد قد يرتفع إلى أكثر من ذلك فى المستقبل، فاننا نوجه النظر إلى أمرين:

١- القوانين الحديثة لا تلغى تماما القوانين القديمة، وذلك بمراعاه القواعد المعمول بها فى تنازع القوانين من حيث الزمان، وما تنص عليه المادة ٩ من القانون المدنى من أنه «تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل، أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه اعداده» (راجع فقرة ٦، ص١٥ وما بعدها من هذا الكتاب).

٢- بمراعاة ما سبق فقد ذكرنا فى فقرة ٤٨ من هذا الكتاب جميع الحدود القصوى باعتبارها جميعا قابلة للتطبيق بحسب الوقت الذى أعد فيه الدليل، أو الوقت الذى كان ينبغى اعداده فيه.

الكتاب الثانى
فى
أحكام الألتزام

مقدمـــة

١١٤- تعريف الالتزام:

الالتـزام حق من الحقوق الماليـة، يطلق عليه أحيانا اصطلاح الحق الشخصى أو حق الدائنيـة. فهو إذا نظر إليه من الجانب الايجابى سمى حقـا، وإذا نظر إليه من الجانب السلبى سمى التزاماً. وهو يعتبر حقا شخصيا لانه حق لشخص فى مواجهة شخص آخر، ولا يرد على مال خاص من أموال هذا الشخص. وهو يعتبر من حقوق الدائنيـة، لأن العلاقة بين هذين الشخصين هى علاقة دين. فصاحبُ الحق هو الدائن، والطرف الآخر هو المدين. واصطلاح الالتزام هو أصدق الاصطلاحات فى التعبير عن هذه العـلاقـة. وعلى هذا النحـو يمكن تعـريف الالتـزام بأنه رابطة قانونية بمقتضاها يلتزم شخص بأداء معين نحو شخص آخر. وقد أخذنا هذا التعريف عن فقهاء الرومان، وهو لا زال صالحا حتى اليوم.

١١٥- تحليل الالتزام:

من المـمكن تحليل الالتـزام إلى عنصرين، الأول هو عنصـر الواجب أو المديونية، والثانى هو عنصر الجزاء أو المسئولية[1]. وبمقتضى العنصر الأول فـان على المدين أن يسـتجيب من تلقـاء نفسـه إلى الواجب الذى يفرضه عليـه الالتزام فيؤدى للدائن مـا يستحقه قبله سواء كان ذلك فى

(١) المسئولية عنصر من عناصر الالتزام، وليست مصدرا لالتزام جديد، علي خلاف ما يقول به الاستاذ بلانيول في المسئولية العقدية، وما تقول به محكمة النقض الفرنسية في المسئولية التقصيرية. راجع في هذا الموضوع كتابنا، مصادر الالتزام، ١٩٩٩ - ٢٠٠٠، فقرة ٢٦٨، ص٦ ٤ وما بعدها

صورة اعطاء أو عمل أو الامتناع عن عمل. فاذا لم يستجب المدين إلى عنصر المديونية فى التزامه، فان الدائن يستطيع فى هذه الحالة أن يحرك العنصر الثانى وهو عنصر المسئولية أو الجزاء. وهو فى هذا يستعين بالسلطة العامة التى تقهر ارادة المدين وتجبره على الوفاء بالتزامه للدائن.

١١٦- أهمية نظرية الالتزام وتطورها:

نظرية الالتزام هى أهم نظريات القانون، وهى من القانون، كما يقول الدكتور السنهورى، بمثابة العمود الفقرى فى الجسم.[٢] وقد استوحت نظرية الالتزام مبادئها من حاجات العمل، وعلاقات الأفراد فى المجتمع، واحساس الانسان بالعدل. أما صياغتها فلا ترجع إلى فقيه واحد أو جيل من الفقهاء، بل هى ثمرة الفكر القانونى كله على مدى الأجيال ومنذ آلاف السنين. وهكذا تبدو نظرية الالتزام راسخة متطورة فى نفس الوقت.

والعوامل المؤثرة فى تطور نظرية الالتزام هى إما فكر الانسان أو واقع المجتمع.

وفكر الانسان هو خالق النظم إلى حد كبير. ومن الطبيعى أن تتأثر نظرية الالتزام بالأفكار السائدة فى المجتمع. وبالفعل فان تطور الفكر الانسانى من المبادئ الفردية التى كانت سائدة فى بداية القرن التاسع عشر إلى المبادئ الاشتراكية التى تسود فى الوقت الحاضر، قد أدى إلى تطور ملحوظ فى نظرية الالتزام. فبعد أن كان المبدأ السائد هو مبدأ

---

(٢) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، جـ١، فقرة ١٥، ص١٢٦

سلطان الارادة على أساس أن العقد هو شريعة المتعاقدين وأنه التعبير الوحيد المقبول عن العدل، عرفت الآن نظريات أخرى تؤدى إلى التقييد من مبدأ سلطان الارادة. من هذا نظرية عقود الاذعان ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الاستغلال وهى تؤدى إلى تعديل العقد على غير ما جاء فى شروطه. ومن هذا تدخل المشرع فى عقد ايجار الأماكن بوضع حد أقصى للأجرة وتقرير الامتداد القانونى لهذا العقد حتى بعد انقضاء مدته. والأمثلة غير ذلك كثيرة لا حصر لها وستتضح لنا من خلال دراستنا.

وواقع الحياة أيضا من أهم عناصر التأثير فى النظم القانونية وتطورها، ولذلك ليس غريبا أن تؤدى الثورة الصناعية إلى تطور كبير فى نظرية الالتزام، وقد ظهر ذلك بوضوح فى نطاق المسئولية، وعقد العمل، وعقد التأمين وغير ذلك.

ولعل من أهم علامات تطور نظرية الالتزام - من ناحية الصياغة القانونية - ظهور مصادر جديدة للالتزام بجانب المصادر التقليدية المعروفة. ونقصد بالمصادر الجديدة، مصدرين بالذات هما القرار الادارى وحكم القاضى، وهو ما عرضناه بالتفصيل فى كتابنا الخاص بمصادر الالتزام.(٣)

١١٧- المقصود بأحكام الالتزام:

متى نشأ الالتزام صحيحا، سواء كان مصدره العقد أو غيره من مصادر الالتزام، فانه يكون صالحا لانتاج آثاره التى تتلخص فى ضرورة

(٣) راجع كتابنا، مصادر الالتزام، مصدران جديدان للالتزام، الباب السادس والباب السابع، من ص ٣٥٥ إلى آخر الكتاب.

قيام المدين بتنفيذه طوعا واختيارا، استجابة منه إلى عنصر المديونية فى هذا الالتزام، والا فان الالتزام ينفذ جبرا على المدين تحقيقا لقوته القانونية التى يعبر عنها عنصر المسئولية فيه. وآثار الالتزام هى الباب الأول فى أحكام الالتزام.

غير أن أحكام الالتزام لا تقتصر على آثاره البسيطة فحسب بل تتناول موضوعات أخرى هى على وجه التحديد، أوصاف الالتزام، وانتقاله، وانقضاؤه، واثباته.(٤)

فالالتزام لا يكون دائما بسيطا، بل قد يكون موصوفا. ومن أوصاف الالتزام، الشرط والأجل. فاذا كان وجود الالتزام معلقا على أمر مستقبل غير محققّ الوقوع فانه يكون معلقا على شرط واقف. وإذا كان زوال الالتزام معلقا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع فانه يكون معلقا على شرط فاسخ. أما إذا كان نفاذ الالتزام مضافا إلى أمر مستقبل محقق الوقوع فانه يكون مضافا إلى أجل واقف. وإذا كان زوال الالتزام مضافا إلى أمر مستقبل محقق الوقوع فانه يكون مضافا إلى أجل فاسخ. ومن أوصاف الالتزام كذلك تعدد طرفى الالتزام. فقد يكون الدائن أكثر من شخص واحد. وقد يكون المدين أكثر من شخص واحد. وهنا تدور مشكلة التضامن بين الدائنين إذا تعددوا أو بين المدينبن إذا تعددوا.

والالتزام باعتباره علاقة بين دائن ومدين يجوز أن يتغير فيه

---

(٤) راجع في القانون الفرنسي، سارتي وريتو، القانون المدني، جـ٢، فقرة ٥٥٠ وما بعدها؛ مازو، دروس في القانون المدني، الفقرات من ٧١٦ إلي ١٢٨٣؛ بلانيول وريبير وبولانجيه، القانون المدني، جـ٢، الفقرات ١٤٧٠ وما بعدها.

شخص الدائن أو شخص المدين. فالالتزام قابل للانتقال والتحويل من شخص إلى آخر. وانتقال الالتزام من جانب الدائن يتم عن طريق حوالة الحق، أما انتقاله من جهة المدين فيتم عن طريق حوالة الدين.

غير أن الالتزام لا يوجد مؤبدا على الدوام، فهو ككل شئ مصيره الانقضاء. وأول سبب لانقضاء الالتزام هو تنفيذه عن طريق الوفاء به. ومع ذلك فهناك أسباب أخرى لانقضاء الالتزام غير الوفاء وهى الوفاء بمقابل والتجديد والانابة والمقاصة واتحاد الذمة والابراء واستحالة التنفيذ والتقادم المسقط.

والالتزام قد ينشأ صحيحا، ولكن المدين ينازع فى وجوده أو فى مقداره. وفى هذه الحالة يتعين على الدائن أن يثبت مصدر الالتزام وكذلك مقداره.

وندرس فيما يلى فى خمسة أبواب متتالية آثار الالتزام، وأوصاف الالتزام، وانتقال الالتزام، وانقضاء الالتزام، واثبات الالتزام.

الباب الأول
آثار الالتزام

١١٨- الالتزام المدني والالتزام الطبيعي:

تنص المادة ١٩٩ من القانون المدنى على أن «(١) ينفذ الالتزام جبرا على المدين. (٢) ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر فى تنفيذه». والالتزام بالمعنى الكامل لهذا الاصطلاح هو الالتزام المدنى، أما الالتزام الطبيعى فهو التزام ناقص يفتقر إلى عنصر المسئولية والجزاء. فالالتزام المدنى كما سبق أن رأينا يتحلل إلى عنصرين، الأول هو عنصر المديونية أو الواجب، والثانى هو عنصر المسئولية أو الجزاء. أما الالتزام الطبيعى فهو لا ينطوى الا على عنصر واحد، هو عنصر الواجب أو المديونية. فمن الواجب على المدين فى التزام طبيعى أن يوفى بالتزامه، ولكنه إذا تخلف عن الوفاء به فلا يجبر على ذلك. والالتزام الطبيعى بهذا الوصف، يقترب كثيرا من الواجب الأخلاقى الذى لا يحميه القانون بأى جزاء مدنى. وهو فى الواقع يقف فى مرتبة وسطى بين الالتزام المدنى وبين الواجب الأخلاقى.[٥] فهو يقترب من الواجب الأخلاقى فى أن القانون لا يرتب أى جزاء على الاخلال به. ولكنه يقترب مع ذلك من الالتزام المدنى فى أن القانون قد اعتد به ورتب عليه بعض الآثار القانونية. ويظهر ذلك بوضوح عندما يقوم المدين من تلقاء نفسه بالوفاء به. فان القانون لا يعتبره متبرعا أو موفيا بما هو غير مستحق عليه، بل يعتبره موفيا بالتزام قانونى فى ذمته.

---

(٥) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ٧٧٩، ص٧٥١.

والالتزام الطبيعى يرجع فى أصله إلى الواجب الاخلاقى من ناحية، وإلى الالتزام المدنى من ناحية أخرى. فهو إما واجب أخلاقى ارتفع فى نظر القانون إلى درجة تبرر الاعتداد به، دون أن يصل مع ذلك إلى مرتبة الالتزام المدنى. أو هو بحسب أصله التزام مدنى، انخفضت قيمته فى نظر القانون، فأصبح لا يترتب على الاخلال به أى جزاء، ولكنه لم يصل فى انخفاضه إلى درجة الواجب الأخلاقى الذى لا يعتد به القانون اطلاقا.

١١٩- دور القاضي في اقرار الالتزام الطبيعي:

تنص المادة ٢٠٠ من القانون المدنى على أن «يقدر القاضى، عند عدم النص، ما إذا كان هناك التزام طبيعى. وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام».

ويشير هذا النص إلى الدور الايجابى الذى يقوم به القاضى فى استكشاف الالتزام الطبيعى واقراره.[٦] والقاضى يسترشد فى هذا الشأن بفكرة العدل، أساس القانون، والمصدر البعيد لكل أحكامه. والقاضى لا يعتمد فى بحثه على فكرته الشخصية عن العدل، ولكنه يراعى أصلا الشعور السائد فى الجماعة، والقيم التى ينبض بها ضمير هذه الجماعة. ولذلك فان اقرار القاضى بوجود التزام طبيعى، لا يعتبر عملا منشئا لهذا الالتزام، بل هو كاشف له فقط. وحتى يعترف القاضى بوجود التزام طبيعى لابد من توافر عنصرين، أحدهما مادى والثانى معنوى وقانونى.

---

(٦) ومع ذلك فقد يستأثر المشرع بالقول بوجود التزام طبيعي، ولا يترك مجالا للسلطة التقديرية للقاضي، كما هو الشأن في المادة ١/٣٨٦ مدني التي تنص علي أنه «يترتب علي التقادم انقضاء الالتزام، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي».

فالعنصر الأول، وهو العنصر المادى يعتمد على وجود واجب أدبى محدد على عاتق شخص معين. ويجب أن يكون هذا الواجب محددا تحديدا كافيا يجعله قابلا للتنفيذ. والواجبات الأدبية التى يمكن اعتبارها التزامات طبيعية ترجع فى أصلها كما سبق القول إلى فرض من فرضين.

١- فهى قد تكون التزامات مدنية انخفضت قيمتها فى نظر القانون بسبب عائق حال دون نشأتها صحيحة كالتزام ناقص الأهلية، أو بسبب عائق أوقف ترتيب آثارها بعد نشأتها صحيحة، كالتقادم الذى يؤدى إلى انقضاء الالتزامات ويمنع المطالبة بها. وفى الحالتين فان التزام ناقص الأهلية،[٧] أو الالتزام الذى انقضى بالتقادم، لا يعتبر التزاما مدنيا، ولا جبر فى تنفيذه، ولكنه يعتبر مع ذلك التزاما طبيعيا، بحيث إذا وفى به المدين لا يكون متبرعا، أو موفيا لغير المستحق عليه.

ويلاحظ أنه بالنسبة للالتزام الطبيعى الذى يتخلف عن الالتزام المدنى الذى انقضى بالتقادم، لا يقوم القاضى بأى دور ايجابى، فهذه حالة من الحالات التى ورد بشأنها نص خاص، هو نص المادة ١/٣٨٦ مدنى التى تقرر أنه «يترتب على التقادم انقضاء الالتزام. ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى». بينما الدور الايجابى للقاضى لا يظهر الا فى الحالات غير المنصوص عليها.

---

(٧) هناك موضوع يدرس في عقد الكفالة وهو مدي صحة كفالة التزام ناقص الأهلية. وتنص المادة ٧٧٧ مدني علي أن «من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول». وراجع كتابنا في التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ١٩، ص٤٠ وما بعدها.

٢- والالتزامات الطبيعية قد تكون بحسب أصلها واجبات أخلاقية، ارتفع شأنها، حتى أمكن الاعتداد بها، دون أن تصل مع ذلك إلى درجة الالتزامات المدنية. ومن هذا القبيل التزام الشخص بمكافأة شخص آخر أدى له خدمة دون أن يتكبد نفقة، والتزام الشخص بتعويض سيدة عن علاقة غير شرعية بعد انتهاء هذه العلاقة، والتزام الشخص بالانفاق على أقاربه الذين لا يقع على عاتقه فى مواجهتهم التزام قانونى بالنفقة، والتزام الأب بتجهيز ابنته.

والعنصر الثانى للالتزام الطبيعي، وهو العنصر المعنوى والقانونى. وهو يقوم من ناحية على احساس المدين بتحمله بهذا الالتزام الطبيعى. وينبغى أن يتفق احساسه هذا من ناحية أخرى مع احساس الجماعة، وما ينبغى أن يكون عليه احساس الفرد داخل نطاق الجماعة التى يعيش فيها. فالعنصر الثانى معنوى ولكنه موضوعى. وهو معنوى ولكنه كذلك قانونى، اذ يجب ألا يتعارض احساس الفرد بالتزامه الطبيعى، مع مقتضيات النظام العام فى الجماعة التى يعيش فيها. فالمدين الذى يلتزم بدفع دين قمار، يكون التزامه باطلاً من الناحية المدنية، وهو لا يصلح كذلك لأن يعتبر التزاما طبيعيا لتعارضه مع النظام العام. فاذا وفى المدين بهذا الالتزام جاز له استرداد ما وفاه.

١٢٠- آثار الالتزام الطبيعي:

تنص المادة ٢٠١ من القانون المدنى على أنه «لا يسترد المدين ما أداه باختياره، قاصدا أن يوفى التزاما طبيعيا». وتنص المادة ٢٠٢ من القانون المدنى على أن «الالتزام الطبيعى يصلح سببا لالتزام مدنى».[٨]

(٨) يرفض البعض الاستعانة بفكرة التجديد للقول بأن الالتزام المدني يحل محل الالتزام الطبيعي بطريق التجديد. لأن فكره التجديد لا تنطبق إلا إذا كان يوجد التزام مدني قديم. والصحيح كما تقول الأعمال التحضيرية للقانون المدني،أن الأمر يتعلق بانشاء التزام مدني=

ويقرر هذان النصان الفكرة الاساسية فى الالتزام الطبيعى، وهى أنه وان كان لا يجوز تنفيذه جبرا، الا أنه إذا قام المدين بالوفاء به اختيارا، فانه لا يكون متبرعا أو موفيا بما هو غير مستحق عليه، بحيث يجوز له الرجوع فى الهبة أو استرداد ما دفع بغير حق. بل يعتبر موفيا بالتزام على عاتقه وبالتالى فلا يجوز له استرداد ما وفاه. ويشترط لاعتبار وفاء المدين بالتزام طبيعى، وفاء لا يجوز الرجوع فيه توافر عنصر معنوى مصاحب للوفاء وهو عمل مادى.

أما العنصر المعنوى فهو قصد المدين الوفاء بالتزامه الطبيعى، قصدا لا يشوبه غلط أو تدليس أو اكراه. فيجب أن يكون المدين عالما بأن الالتزام الذى يوفى به هو التزام طبيعي لا جبر فى تنفيذه. ويجب أن يقصد المدين الوفاء بهذا الالتزام رغم علمه بعدم امكان تنفيذه عليه جبرا. وبغير هذه الارادة الواعية من جانب المدين فان أى وفاء يقوم به لا يعتبر وفاء، بل يعتبر دفعا لغير المستحق ويجوز بالتالى استرداده. مثال ذلك أن يقع المدين فى غلط أو تدليس يجعله يتوهم أن الالتزام الذى يوفى به هو التزام مدنى، أو أن يكره على الوفاء بالتزامه الطبيعى بغير اختيار من جانبه.[٩]

= جديد يكون الالتزام الطبيعي هو سببه. ولكن يبقي السؤال قائما حول مصدر هذا الالتزام الجديد. فاذا تم الوفاء بالتزام طبيعي فان مصدر الالتزام المدني الجديد يكون هو الوفاء وهو تصرف قانوني أو عقد جديد يتم بين الموفي والموفي له.

(٩) قضت محكمة النقض بأن «مناط الاعتداد بهذا الوفاء وعدم أحقية المدين المدني في طلب استرداده أن يكون الوفاء صادرا من المدين عن رضا واختيار ولا اكراه فيه والا جاز له المطالبة برده، ويعتبر الوفاء نتيجة اكراه - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - إذا حصل تحت تأثير الحجز الذي توقع علي أموال المدين الموفي. (نقض ٢٨/١١/١٩٧٨، طعن رقم ٢ ٢ لسنة ٤٧ ق، منشور في محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني، ١٩٨٠، ص٧٤٨).

والوفاء الصحيح بالالتزام الطبيعى كما قد يكون فى الحال، من الجائز أن يكون فى المستقبل. والوفاء الحال لا يحتاج إلى بيان. أما الوفاء المستقبل فهو عندما يعد المدين بالوفاء بالتزامه الطبيعى فى المستقبل. ففى هذه الحالة ينشأ التزام مدنى جديد على عاتق المدين، ويكون سببه هو الالتزام الطبيعى. ويكون المدين قد وفى بالالتزام الطبيعى عن طريق انشاء التزام مدنى. وهذا هو ما يقصده المشرع بقوله فى المادة ٢٠٢ مدنى من أن «الالتزام الطبيعى يصلح سببا لالتزام مدنى».

١٢١- آثار الالتزام المدني: التنفيذ القهري:

الالتزام المدنى هو الالتزام بالمعنى الكامل لهذا الاصطلاح. وإذا أطلق لفظ الالتزام فيكون المقصود به هو الالتزام المدنى. ولذلك سنقتصر فى دراستنا المقبلة على الالتزام المدنى دون غيره. وسنكتفى فى شأنه باطلاق لفظ الالتزام عليه، دون تخصيصه بأى وصف خاص. وآثار الالتزام تتلخص فى ضرورة تنفيذه إما طوعا واختيارا أو جبرا على المدين وقهرا لارادته. والتنفيذ الاختيارى للالتزام لا يثير أى بحث خاص. ولكن الذى يحتاج إلى بحث هو التنفيذ القهرى. عندما يرفض المدين الاستجابة إلى عنصر المديونية فى التزامه. والتنفيذ القهرى من نوعين، الأول هو التنفيذ العينى، والثانى هو التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض.

وندرس فيما يلى فى ثلاثة فصول متتالية: التنفيذ العينى، والتنفيذ بمقابل، والوسائل التى وضعها القانون لكفالة حقوق الدائنين.

الفصل الأول
التنفيذي العيني

١٢٢- شروط التنفيذي العيني:

التنفيذ العينى هو الأصل، فلا يجوز للمدين أن يعرض التنفيذ بمقابل متى كان التنفيذ العينى ممكنا، ولا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل إذا عرض المدين أن ينفذ التزامه تنفيذا عينيا. فالتنفيذ بمقابل هو تعويض للدائن عن حقه فى الحالات التى لا تتوافر فيها شروط التنفيذ العينى. وقد نص المشرع على هذه الشروط فى المادة ٢٠٣ مدنى التى تقرر أنه «يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين ٢١٩ و٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا. (٢) على أنه إذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما». ويتضح من هذا النص أن للتنفيذ العينى أربعة شروط هى:

١- الشرط الأول هو أن يكون التنفيذ العينى ممكنا. فاذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلا لم يعد هناك محل للمطالبه به، بل لا يكون أمام الدائن الا المطالبة بالتعويض أى التنفيذ بمقابل. ويشترط أن ترجع الاستحالة إلى خطأ المدين.[١] إما إذا استحال تنفيذ الالتزام بغير خطأ من المدين. فان الالتزام ينقضى بغير مسئولية عليه، ولا يحق للدائن مطالبته بالتعويض.

---

(١٠) راجع في تعريف الخطأ العقدي، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ١٣٢، ص١٦٩ وما بعدها

٢- والشرط الثانى هو أن يطلب الدائن التنفيذ العينى، أو أن يتقدم به المدين. فإذا طلب الدائن التنفيذ العينى، فلا يجوز للمدين أن يعرض عليه التنفيذ بمقابل، لأن التنفيذ العينى هو الأصل كما سبق القول. وإذا عرض المدين التنفيذ العينى فلا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل، بل تبرأ ذمة المدين بقيامه بالتنفيذ العينى رضى به الدائن أو لم يرض. ولكن إذا لم يطلب الدائن التنفيذ العينى بل طلب التنفيذ بمقابل، ولم يعرض المدين التنفيذ العينى بل رضى بالتنفيذ بمقابل، فيؤخذ ذلك على أنه اتفاق ضمنى بين الدائن والمدين على استبدال التنفيذ العينى بالتنفيذ بمقابل، ويتخلف بالتالى شرط من شروط التنفيذ العينى وهو أن يطالب به الدائن أو يتقدم به المدين.(١١)

٣- والشرط الثالث للتنفيذ العينى هو ألا يكون فيه ارهاق للمدين، أو أن يكون فيه ارهاق للمدين إذا كان العدول عنه يسبب ضررا جسيما للدائن. ويعتبر هذا الشرط تطبيقا خاصا لنظرية التعسف فى استعمال الحق مع مراعاة الموازنة العادلة فى المصالح المتعارضة من ناحية أخرى. فالدائن من حقه أن يطالب بالتنفيذ العينى. ولكن إذا كان فى ذلك ارهاق للمدين فان المطالبة تكون تعسفا من الدائن فى استعمال حقه ويكون الأولى به أن يكتفى بالتنفيذ بمقابل. ولكن إذا كان فى عدم التنفيذ العينى ما يسبب ضررا جسيما للدائن فمن حقه أن يطالب بالتنفيذ العينى ولو ترتب عليه ارهاق للمدين. لأن حق الدائن فى التنفيذ

---

(١١) كما جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني، فان جواز التنفيذ بمقابل أحيانا رغم امكان التنفيذ العيني، لا يؤدي إلي القول بأننا بصدد التزام بدلي أو تخييري، علي النحو الذي سندرسه عند دراسة أوصاف الالتزام.

العينى فى هذا الفرض أولى بالرعاية من مصلحة المدين فى العدول عنه إلى التنفيذ بمقابل.

٤- والشرط الرابع للتنفيذ العينى، هو الاعذار الذى يجب أن يوجهه الدائن للمدين معبرا به عن ارادته فى اقتضاء التنفيذ العينى لالتزامه، وسنرى فى الفصل الثانى من هذا الباب، أن الاعذار شرط أيضا لاستحقاق التعويض فى التنفيذ بمقابل.

١٢٣- موضوع التنفيذ العيني:

موضوع التنفيذ العينى هو كما يدل عليه اسمه عين محل الالتزام الذى التزم به المدين. ونظرا لأن محل الالتزام قد يكون اعطاء شئ (نقل ملكية أو حق عينى آخر على شئ)، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، فان موضوع التنفيذ العينى يختلف ضرورة بحسب نوع محل الالتزام.

١٢٤- محل الالتزام اعطاء شئ معين بالذات يملكه الملتزم:

تنص المادة المادة ٢٠٤ مدنى على أن «الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل». وطبقا لهذا النص إذا كان محل الالتزام نقل ملكية شئ معين بالذات أو ترتيب حق عينى عليه، وكان الشئ مملوكا للملتزم، فان الالتزام ينفذ فى الحال وفى لحظة نشأته وتنتقل الملكية أو الحق العينى إلى الدائن بهذا الالتزام. والتنفيذ يتم فى هذه الحالة بقوة القانون ذاته. غير أن النص يشير إلى ضرورة التفرقة بين المنقول والعقار. فإذا كان

الشئ المطلوب نقل ملكيته أو ترتيب حق عينى عليه منقولا كحيوان مثلا أو قطعة أثاث... الخ فان الحكم السابق ذكره يصدق بغير استثناء وتنتقل ملكية الشئ محل الالتزام أو الحق العينى المطلوب ترتيبه عليه إلى الدائن فى هذا الالتزام فى نفس لحظة نشأته وبقوة القانون.

أما إذا كان محل الالتزام عقارا كأرض أو منزل فان الالتزام بنقل ملكيته لا ينفذ فى الحال وبقوة القانون، بل لابد من اتخاذ اجراءات التسجيل حتى يترتب هذا الأثر.[١٢]

١٢٥- محل الالتزام اعطاء شئ معين بالنوع:

تنص المادة ٢٠٥ مدنى على أنه «(١) إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شئ لم يعين الا بنوعه فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشئ. (٢) فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقه المدين بعد استئذان القاضى، أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال. كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشئ من غير اخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض». وطبقا لهذا النص إذا كان محل الالتزام شيئا غير معين بذاته بل معينا بنوعه، كأن يلتزم تاجر غلال بنقل ملكية كمية من القمح إلى أحد الأشخاص، فان هذا الالتزام لا ينفذ من تلقاء نفسه وبحكم القانون، ولا تنتقل بالتالى الملكية إلى المتصرف إليه بمجرد العقد، بل يشترط لانتقال الملكية أن يقوم التاجر بافراز الشئ[١٣] المبيع، أى يفصله عن كميات الغلال الأخرى الموجودة فى مخازنه. ففى هذه اللحظة فقط وهى لحظة الافراز تنتقل الملكية إلى

---

(١٢) راجع في انتقال الملكية في العقار، كتابنا، عقد البيع، فقرة ٣٨، ص١٦٤ وما بعدها.

(١٣) راجع في انتقال الملكية بالافراز، كتابنا، عقد البيع، فقرة ٣٧، ص١٥٩ وما بعدها.

المشترى. ولا يشترط بعد ذلك أى شرط آخر لانتقال الملكية. وخاصة لا يشترط أن يتسلم المشترى الشئ المبيع فعلا. فالملكية تنتقل بالافراز لا بالتسليم. وان كان الغالب أن يتعاصر الافراز مع التسليم.

وإذا لم يقم المدين بافراز الشئ المبيع تنفيذا لالتزامه بنقل الملكية، جاز للدائن أن يحصل على شئ مثله من السوق على نفقة المدين ويعتبر ذلك تنفيذا عينيا للالتزام. وعلى الدائن أن يستأذن القاضى فى ذلك بطريق رفع الدعوى والحصول على حكم. ولكن يجوز له استثناء فى حالة الاستعجال أن يحصل على الشئ المماثل لمحل الالتزام بغير اذن من القاضى، على أن يخضع فى تصرفه هذا لرقابة القاضى فيما بعد عندما يتقدم إليه بطلب الحصول على ثمن الشئ الذى اشتراه من السوق بدلا من محل الالتزام الذى كان يجب على المدين أن يقوم بتنفيذه.

ويجوز للدائن أن يعدل عن طلب التنفيذ العينى إلى طلب التعويض كما هو الحكم فى كل حالة يتخلف فيها المدين عن التنفيذ العينى.(١٤)

ويلاحظ أن «الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشئ والمحافظة عليه حتى التسليم» (م٢٠٦ مدنى)، سواء كان الشئ معينا بذاته وقت العقد أو تم افرازه بعد ذلك.

---

(١٤) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، جـ٢، فقرة ٣٢٤؛ منصور مصطفي منصور، العقود المسماه، ١٩٥٦، فقرة ٦٣؛ اسماعيل غانم، عقد البيع، فقرة ٩٤، سمير تناغو، عقد البيع، ص١٦٢.

١٢٦- محل الالتزام القيام بعمل:

إذا كان محل الالتزام هو القيام بعمل، فقد يكون التزاما بتحقيق نتيجة وهو ما يسمى الالتزام بغاية، كالتزام المقاول باقامة بناء، أو التزام المهندس برسم لوحة هندسية. وفى مثل هذه الحالات لا يكون المدين قد نفذ التزامه الا إذا حقق النتيجة المطلوبة منه فعلا. ولكن الالتزام بعمل قد يكون التزاما ببذل عناية فقط، وهو ما يسمى الالتزام بوسيلة، كالتزام الطبيب بمعالجة المريض أو التزام المحامى بالدفاع عن حق. وفى مثل هذه الحالات يكون المدين قد نفذ التزامه إذا بذل العناية المطلوبة، حتى ولو لم تتحقق النتيجة المطلوبة. وهى فى المثلين السابقين شفاء المريض، أو كسب الحق المطلوب الدفاع عنه.

وإذا كان الالتزام ببذل عناية، فالغالب أن تكون العناية المطلوبة هى عناية الرجل العادى، وهو رب الأسرة المعنى بشئون نفسه. ولكن من الجائز أن تكون العناية المطلوبة أكثر أو أقل من عناية الرجل العادى بحسب نص القانون أو اتفاق المتعاقدين (م٢١١ مدنى).[١٥]

ومن المتصور فى الالتزام بعمل أن يكون فى حكم القاضى ما يغنى عن قيام المدين بتنفيذ التزامه بنفسه، وذلك بحسب طبيعة الالتزام ذاته (م٢١٠ مدنى) مثال ذلك الحكم بصحة التعاقد، فان تسجيله يقوم مقام تسجيل العقد الذى رفض المدين القيام بتسجيله. ولذلك يقال أن الحكم يقوم مقام العقد.[١٦]

---

(١٥) راجع في التفرقة بين الالتزام بنتيجة والالتزام بعناية، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ١٣٣، ص١٦٩ وما بعدها.

(١٦) راجع كتابنا عقد البيع، دعوى صحة التعاقد، فقرة ٤٣، ص١٨٥ وما بعدها.

وفى كثير من الحالات لا تكون لشخصية المدين أهمية خاصة بالنسبة للدائن. كما لو التزم مقاول باقامة بناء، فان ما يهم الدائن هو اقامة البناء، فإذا نكل المدين عن القيام بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، كما يجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء (م٢٠٩ مدنى).

ولكن فى بعض الحالات الأخرى تكون لشخصية المدين أهمية خاصة عند الدائن وذلك طبقا لطبيعة الالتزام أو اتفاق المتعاقدين. كما لو التزم فنان برسم لوحة فنية أو احياء حفلة موسيقية أو غير ذلك. فى هذه الحالة يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين (م٢٠٨ مدنى). وفى نفس الوقت فان المدين لا يقهر على تنفيذ التزامه بنفسه لأن فى ذلك اعتداء على حريته الشخصية. ولا يكون أمام الدائن الا المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ.

١٢٧- محل الالتزام الامتناع عن عمل:

التنفيذ العينى للالتزام بالامتناع عن عمل معين هو عدم القيام بهذا العمل فعلا. ومن الأمثلة على التزامات بالامتناع عن عمل أن يتعهد ممثل بالعمل لدى شركة سينمائية مع التزامه بعدم العمل لدى شركة أخرى منافسة، والتزام المهندس بالعمل لدى شركة هندسية مع التزامه بعدم العمل لدى شركة أخرى. والتزام التاجر الذى يبيع محله التجارى بعدم منافسة التاجر المشترى للمحل فى نفس المنطقة التى يوجد بها المحل المبيع. والتزام مالك الأرض بعدم البناء على جزء منها أو عدم الارتفاع بالبناء إلى قدر معين... الخ. وإذا قام المدين بالعمل المطلوب

عدم القيام به فانه يكون قد أخل بالتزامه. ويرى البعض أن التنفيذ العينى يصبح فى هذه الحالة مستحيلا. حتى ولو أمكن ازالة العمل الذى قام به المدين. اذ تعتبر الازالة فى هذه الحالة تعويضا عينياً وليس تنفيذا عينيا للالتزام بالامتناع عن عمل.[١٧] ولكننا نؤيد الرأى الذى يذهب إلى أنه إذا أمكن ازالة العمل المخالف كهدم البناء المجاور. أو غلق المحل التجارى المنافس، فاننا نكون بصدد تنفيذ عينى للالتزام. وتنص المادة ٢١٢ مدنى على أنه «إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطلب ازالة ما وقع مخالفا للالتزام. وله أن يطلب من القضاء ترخيصا فى أن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين».

ويلاحظ على هذا النص أنه لا يجيز للدائن أن يقوم بالازالة بنفسه ولو فى حالة الاستعجال، على خلاف الحكم الذى رأيناه بالنسبة للالتزام باعطاء أو الالتزام بعمل. والسبب فى ذلك كما يقول الدكتور السنهورى أن ازالة ما وقع مخالفا للالتزام بالامتناع عن عمل أمر لا يخلو من العنف، فلا يصح أن يتولاه الدائن بنفسه قبل أن يستصدر حكما من القاضى.[١٨] وقد لا يحكم القاضى بالازالة إذا كانت تسبب ارهاقا شديدا للمدين. ويكتفى فى هذه الحالة بالحكم للدائن بتعويض نقدى، الا اذا كان فى عدم التنفيذ العينى ما يلحق بالدائن ضررا جسيما، فيراعى القاضى فى هذه الحالة جانب الدائن ويحكم له بالازالة ولو نشأ عنها ضرر جسيم بالمدين.

---

(١٧) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ٧٩٨، ص ٧٧٩، ويرى الأستاذ السنهوري، أن الفرق بين التنفيذ العيني والتعويض العيني أن الأول يكون قبل وقوع الاخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الإخلال به، والثاني يكون بعد وقوع الإخلال فازالة المخالفة هي التعويض العيني، ص٧٧٩، هامش٢.

(١٨) السنهوري، المرجع السابق، ص٧٧٩.

١٢٨- وسائل التنفيذ العيني:

وسائل التنفيذ العينى كثيرة وأولها أن يقوم المدين من تلقاء نفسه بتنفيذ التزامه طوعا واختيارا وهو ما يسمى بالوفاء الذى سندرسه عند دراستنا لاسباب انقضاء الالتزام. وقد يتم التنفيذ العينى بقوة القانون كما سبق أن رأينا فى حالة الالتزام بنقل ملكية شئ معين بالذات يملكه الملتزم. وقد يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى كما رأينا فى حالة الحكم الصادر بصحة التعاقد. وقد يقوم الدائن نفسه بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين فى حالة الاستعجال كما سبق أن ذكرنا. ولكن غالبا ما يتم التنفيذ العينى عن طريق استصدار حكم من القضاء يتم تنفيذه بواسطة المحضر الذى يستعين فى ذلك بكل وسائل السلطة العامة فيخرج المدين من المكان الذى يشغله بغير حق، ويسلم الدائن الشئ الذى يرد حقه عليه، ويبيع أموال المدين بالمزاد العلنى استيفاء لحق الدائن... الخ.

ومن وسائل التنفيذ العينى أيضا الاكراه البدنى، والغرامة التهديدية. ونذكر فيما يلى كلمة موجزة عن كل من هذين النظامين.

١٢٩- الأصل هو عدم جواز الاكراه البدني:

كان جزاء الاخلال بالالتزام فى العصور القديمة، وخاصة فى القانون الرومانى، هو الاكراه البدنى على جسم المدين، فيقتله الدائن أو يسترقه ويبيعه عبدا فى الأسواق أو يحبسه ... الخ. ويرجع هذا الحكم إلى اختلاط القانون المدنى بالقانون الجنائى، واختلاط التعويض المدنى بالعقوبة الجنائية.[١٩] وقد تطورت الأفكار فى العصر الحديث، وأصبح

---

(١٩) راجع في تطور التفرقة بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ١٥٩، ص٢١٥ وما بعدها.

من غير الجائز تنفيذ الالتزام المدنى بطريق الاكراه على جسم المدين. لأن الشخص يسأل عن دينه فى ماله لا فى جسمه، ولأن الاخلال بالالتزام لا يعتبر جريمة تستوجب عقوبة جنائية. ويأخذ القانون المصرى بالأفكار الحديثة فى عدم جواز تنفيذ الالتزام بطريق الاكراه البدنى. فالمدين يسأل عن دينه فى ماله لا فى جسمه. فاذا أفلس المدين أو أعسر، ضاع حق الدائن ولم يعد فى استطاعته أن يفعل للمدين شيئا. ولكن استثناء على هذا المبدأ فان الاكراه البدنى لازال جائزا فى مصر فى حالتين على وجه التحديد:

١- الحالة الأولى خاصة بدين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن، فاذا كان المدين قادرا على الوفاء بأى من هذه الديون وكلفه القاضى بالوفاء ولكنه نكل، فانه يحبس مدة لا تزيد عن ثلاثين يوما اكراها له على الوفاء. ويخرج من الحبس اذا دفع ما عليه أو أحضر كفيلا. (راجع م٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية).(٢٠)

٢- والحالة الثانية خاصة بالمبالغ الناشئة عن الجريمة والمقضى بها للحكومة فى مواجهة مرتكب الجريمة، كالغرامة وغيرها من مصروفات وتعويضات. ويلاحظ أنه بالنسبة للغرامة فانها تستهلك بمقدار عشرة قروش عن كل يوم يحبس فيه المحكوم عليه بهذه الغرامة (راجع م٥١١ وما بعدها من قانون الاجراءات الجنائية).

---

(٢٠) تم الغاء لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بمقتضى القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، ومع ذلك فلازالت المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات تقرر أن «كل من صدر عليه حكم واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو أقاربه أو أصهاره أو أجره حضانة أو رضاعة أو مسكن، وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد علي سنة وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه، أو باحدي هاتين العقوبتين..». راجع، كتابنا، أحكام الأسرة، ص٢٩١ وما بعدها.

١٣٠- الغرامة التهديدية (التهديد المالي) :(٢١)

إذا كان من غير الجائز بحسب الأصل الاكراه البدنى على جسم المدين، فقد وضع القانون نظاما آخر من شأنه الضغط على ارادة المدين والتأثير فيها بما يحمله على تنفيذ التزامه عينا، وهذا النظام هو التهديد المالى، وهو ما يسميه المشرع فى عبارة فيها بعض التجوز بالغرامة التهديدية. وطبقا لهذا النظام فان القاضى يحكم على المدين بمبلغ معين من التعويض عن كل ساعة أو يوم أو شهر أو أية فترة أخرى من الزمن يتأخر فيها فى تنفيذ التزامه. وتظهر فائدة هذا التهديد المالى فى كل الحالات التى لا يمكن فيها تنفيذ الالتزام بغير تدخل المدين شخصيا. ونظرا لاستحالة الاكراه البدنى عليه فلا تكون هناك وسيلة أخرى مقبولة أفضل من الضغط النفسى على المدين عن طريق تهديده بزيادة المبالغ التى سيحكم بها عليه كلما تأخر فى التنفيذ العينى لالتزامه. وقد نص المشرع على شروط التهديد المالى فى المادة ٢١٣ مدنى التى تقرر أنه «(١) إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ، وبدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك. (٢) واذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لاكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة». ويتضح من هذا النص أنه يشترط للحكم بالتهديد المالى ما يأتى:

---

(٢١) راجع في القانون الفرنسي، مارتي ورينو، القانون المدني، جـ٢، ص٦٨٧ وما بعدها؛ مازو، دروس في القانون المدني، فقرة ٩٤٠ وما بعدها، ص٨٢٤ وما بعدها.

١- أن يظل التنفيذ العينى ممكنا، أما اذا أصبح مستحيلا فلا يكون هناك محل لمحاولة الضغط على ارادة المدين عن طريق التهديد المالى أو غيره.

٢-أن يكون هذا التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم الا بواسطة المدين أو عن طريق تدخله، أما اذا أمكن الاستغناء عن المدين، فلا تكون هناك حاجة للضغط على ارادته، كما هو الشأن فى كل الحالات التى ينفذ فيها الالتزام من تلقاء نفسه بقوة القانون، أو التى يقوم فيها حكم القاضى مقام العمل الذى التزم به المدين، أو التى يستطيع فيها الدائن تنفيذ الالتزام على نفقة المدين. وعلى عكس ذلك فان التهديد المالى يكون له مجال فى كل الالتزامات بعمل أو الامتناع عن عمل التى لا يمكن فيها الاستغناء عن تدخل المدين، كالتزام أحد الممثلين بالتمثيل فى مسرحية معينة أو بعدم العمل لدى شركة سينمائية معينة، والتزام أحد المحتكرين بتوريد المياه أو الكهرباء أو التليفون ... الخ.

٣- ويشترط كذلك للحكم بالتهديد المالى أن يطلبه الدائن، فلا يجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه. وان كان بعض الفقه يذهب إلى جواز ذلك.[٢٢]

وأهم خصائص الغرامة التهديدية انها تستحق عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أية فترة زمنية أخرى يتأخر فيها المدين عن التنفيذ العينى. ويؤدى مرور الزمن على هذا النحو إلى تراكم الغرامة المحكوم بها عليه. وهذا ما قد يدفعه إلى المبادرة بالتنفيذ.

---

(٢٢) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ٨٠٣، ص٧٨٤، هامش ١؛ سليمان مرقس، القانون المدني، جـ٢، فقرة ٦٠٨، ص ٥٩٣.

ويلاحظ أن اصطلاح الغرامة فيه بعض التجوز لأن الأمر لا يتعلق بعقوبة جنائية بينما الغرامة من اصطلاحات القانون الجنائي.

ويلاحظ كذلك أن الغرامة المالية ليست تعويضا يحكم به للدائن في مواجهة المدين. لأن التعويض يستحق عن ضرر محقق، أما الغرامة فان القاضي يحكم بها بغض النظر عن أي ضرر أصاب الدائن وكوسيلة فقط للتأثير على ارادة المدين.

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز تنفيذ الحكم الصادر بالغرامة فهو حكم وقتي تهديدي يعاد النظر فيه فيما بعد على ضوء الموقف الذي اتخذه المدين من التهديد الذي وجهه اليه القاضي.

ويتفق مع هذه الأحكام انه يجوز للقاضي أن يزيد في مبلغ الغرامة كلما رأى داعيا لذلك، ولا ضرر من الزيادة طالما أنه سيعاد تقدير التعويض النهائي في آخر الأمر.[٢٣]

١٣١- تحويل الغرامة التهديدية إلي تعويض نهائي:

تنص المادة ٢١٤ مدني على أنه «اذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين». ويصدر الحكم الوارد في هذا النص عن الطبيعة الوقتية لحكم الغرامة التهديدية باعتباره وسيلة للضغط على ارادة المدين. وهي وسيلة إما أن تؤدي إلى الغرض منها فيمتثل المدين للتهديد ويقوم بالتنفيذ،

(٢٣) وللقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالغرامة التهديدية أو عدم الحكم بها. ولا يخضع حكمه لرقابة محكمة النقض.

واما أن يستمر الدائن فى عناده فتكشف وسيلة التهديد عن قصورها. وفى الحالتين لا يكون هناك محل فى الاستمرار فى تهديد المدين، بل يجب وضع تقييم نهائى للموقف عن طريق الحكم على المدين بالتعويض بسبب تأخره فى التنفيذ أو امتناعه عن التنفيذ أصلا.

ويقدر التعويض النهائى طبقا للقاعدة العامة فى التعويض وهى أنه يحسب على أساس ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب. ولكن يضاف إلى هذه القاعدة فكرة أخرى هى مقدار العنت الذى بدا من المدين فى اصراره على عدم التنفيذ رغم التهديد المالى الموجه اليه. فاذا كان هذا العنت كبيرا جاز للقاضى أن يعتبر كل الغرامة التهديدية المحكوم بها بمثابة تعويض نهائى يستحقه الدائن فى مواجهة المدين. وعلى العكس اذا امتثل المدين للتهديد وقام بالتنفيذ فى فترة معقولة، فان القاضى يلغى حكم الغرامة ولا يلزم المدين الا بالتعويض العادى المقابل للضرر الحقيقى الذى أصاب الدائن.(٢٤)

وأيا كان مبلغ التعويض الذى يحكم به القاضى فان هذا الحكم يعتبر حكما صادرا فى الموضوع ويجوز تنفيذه بوسائل القهر. أما الغرامة التهديدية فانها تصفى وتعتبر كأن لم تكن بعد أن حل محلها الحكم النهائى بالتعويض.

ولكن من الواجب حتى يؤدى نظام التهديد المالى الغاية منه، ألا يبالغ القضاء فى الالتجاء إلى هذه الوسيلة، وأن يراعى الاعتدال كذلك فى الغرامة المحكوم بها.

---

(٢٤) سليمان مرقس، فقرة ٦١٠، ص٥٩٤؛ السنهوري، الوجيز، فقرة ٨٠٧، ص٧٨٧.

الفصل الثاني
التنفيذ بطريق التعويض

١٣٢- حالات التنفيذ بطريق التعويض وأنواعه:

التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض هو بديل عن التنفيذ العينى. ولذلك فإن حالات التنفيذ بطريق التعويض هى تلك التى لا تتوافر فيها شروط التنفيذ العينى. ويكون ذلك عندما يصبح التنفيذ العينى مستحيلا، أو عندما يطلب الدائن التنفيذ بطريق التعويض ولا يعرض المدين التنفيذ العينى، أو عندما يكون فى التنفيذ العينى ارهاق شديد للمدين بينما التنفيذ بطريق التعويض لا يسبب ضررا كبيرا للدائن. وقد سبق بيان ذلك.

أما أنواع التنفيذ بطريق التعويض فهى تختلف بحسب الطريقة التى يتم بها تقدير التعويض. وهناك ثلاثة طرق لتقدير التعويض، الأول هو الطريق القضائى عندما يلجأ الدائن إلى القضاء للحكم له بالتعويض فى مواجهة المدين. والثانى هو الطريق الاتفاقى عندما يتفق المتعاقدان مقدما على مقدار التعويض وهو ما يسمى بالتعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى.[٢٥] والثالث هو الطريق القانونى عندما يتكفل القانون بتقدير التعويض كما هو الشأن فى تحديد سعر الفائدة، وهو ما يسمى بالتعويض القانونى. وندرس فيما يلى فى ثلاثة مباحث متتالية التعويض القضائى والتعويض الاتفاقى والتعويض القانونى.

---

(٢٥) راجع كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ٢٩٦، ص٤٧٢ وما بعدها.

المبحث الأول
التعويض القضائي

يشترط لاستحقاق التعويض القضائى أن يقوم الدائن باعذار المدين، وأن يرفع بعد ذلك دعوى فى مواجهته أمام القضاء، حيث يتولى القاضى تقدير التعويض والحكم به.

١٣٣- الاعذار:

الاعذار كما سبق أن رأينا شرط من شروط التنفيذ العينى.[٢٦] وهو كذلك شرط من شروط التعويض القضائى. وسنرى أيضا أنه شرط لاستحقاق التعويض الاتفاقى. والحكمة من اشتراط الاعذار هى التأكد من تصميم الدائن على استيفاء حقه فى مواجهة المدين. وقد نص المشرع على مبدأ ضرورة الاعذار فى المادة ٢١٨ التى تقرر أنه «لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين، ما لم ينص على غير ذلك».

وقد نص المشرع على الشكل الذى يتم به الاعذار فى المادة ٢١٩ التى تقرر أنه «يكون اعذار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى اجراء آخر». ويتضح من هذا النص أن الوسيلة الأولى للاعذار هى الانذار. والانذار ورقة رسمية من أوراق المحضرين يقوم فيها الدائن بتكليف المدين بالوفاء ويضعه بذلك موضع المتأخر فى التنفيذ. ويقوم مقام الانذار أية ورقة رسمية أخرى

---

(٢٦) راجع ما سبق، فقرة ١٢٢.

يظهر منها بوضوح رغبة الدائن أن ينفذ المدين التزامه كصحيفة الدعوى أو محضر الحجز الذى يسبق التنفيذ... الخ.

ويلاحظ أن النص السابق ذكره يشير إلى امكان الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات، ولكن ذلك لم يعد جائزا فى الوقت الحاضر بعد الغاء النصوص المشار اليها فى قانون المرافعات. ومع ذلك فلا يشترط فى العلاقات التجارية الاعذار بطريق رسمى، بل يكفى أن يتم الاعذار بأى شكل ولو كان ذلك بخطاب عادى أو بمجرد اخطار شفوى. وذلك تمشيا مع فكرة السرعة فى المعاملات التجارية.[٢٧] ومن ناحية أخرى فمن الجائز أن يتم الاتفاق مقدما بين الدائن والمدين على أن يكون الاعذار فى شكل غير رسمى كخطاب مسجل أو خطاب عادى. بل يجوز الاتفاق على اعتبار المدين معذرا بمجرد حلول الأجل ودون حاجة إلى أى اجراء من جانب الدائن.

ومن ناحية أخرى فهناك حالات لا يشترط فيها الاعذار وهذه الحالات هى:

١- اذا اتفق المتعاقدان على عدم ضرورة الاعذار سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا. ويترتب على هذا الاتفاق أن المدين يعتبر معذرا بمجرد حلول أجل الوفاء بالدين (م٢١٩).

٢- اذا نص القانون على عدم ضرورة الاعذار. وتوجد بعض النصوص القانونية المتفرقة فى هذا المعنى (راجع م٧٠٦/٢ مدنى، و٧١٠ مدنى فى عقد الوكالة).

---

(٢٧) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ٨١٣، ص٧٩٣.

٣- اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، كما لو كان التزام المدين هو الامتناع عن القيام بعمل، فقام بالعمل المطلوب عدم القيام به (م٢٢٠أ).

٤- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع، كمن يصيب غيره بخطئه فى حادث سيارة، فلا حاجة للمصاب فى أن يعذر المخطئ بدفع التعويض المستحق له (م٢٢٠ب).

٥- اذا كان محل الالتزام رد شئ يعلم المدين أنه مسروق أو شئ تسلمه دون حق وهو عالم بذلك (م٢٢٠ج).

٦- اذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه.

فى كل الحالات السابقة فان المدين يعتبر معذرا بمجرد استحقاق الدين ودون حاجة إلى أى اجراء آخر، وذلك بحسب الاتفاق أو نص القانون أو طبيعة الاشياء.

ويلاحظ أن الأثر الهام للاعذار هو استحقاق التعويض فى مواجهة المدين، ويشمل ذلك التعويض عن عدم التنفيذ، وكذلك التعويض عن التأخر فى التنفيذ محسوبا من وقت الاعذار.(٢٨)

١٣٤- تقدير التعويض بواسطة القاضي:

التعويض القضائى كما يدل عليه اسمه يتم تقديره بواسطة القاضى، وهو يسترشد فى ذلك بقاعدة موضوعية نص عليها المشرع فى المادة ١/٢٢١ مدنى التى تقرر أنه «اذا لم يكن التعويض مقدرا فى

(٢٨) مارتي ورينو، القانون المدني، جـ٢، فقرة ٦٨٠.

العقد أو بنص فى القانون فالقاضى هو الذى يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول». ويتضح من هذا النص أن عناصر التعويض التى يبنى عليها القاضى تقديره هى ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب. فالتعويض يكون بقدر الضرر. والضرر الذى يصيب الدائن من عدم التنفيذ إما أن يكون خسارة لحقته أو كسب فات عليه، أو هذين العنصرين معا. ومن الامثلة على ذلك أن يرفض ممثل احياء حفلة تمثيلية التزم باحيائها قبل صاحب المسرح. فيكون الضرر الذى لحق هذا الأخير هو ما لحقه من خسارة تتمثل فى نفقات اعداد الحفل، وما فات عليه من كسب فى صورة ربح كان سيعود عليه من احياء هذه الحفلة.

ولكن فى جميع الأحوال فان الدائن لا يستحق تعويضا الا عن الضرر المباشر فقط، وهو الذى يمكن اعتباره نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فيه. وقد سبق أن درسنا هذه المسألة من قبل.(٢٩)

ومن ناحية أخرى فان التعويض لا يستحق أصلا اذا أثبت المدين أن تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلا لسبب أجنبى لا يد له فيه (م٢١٥مدنى)،(٣٠) فهو بهذا ينفى مسئوليته، والتعويض ما هو الا عنصر المسئولية فى الالتزام.

---

(٢٩) راجع كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ١٤٠، ص١٨٢ وما بعدها.

(٣٠) راجع كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ١٤١، ص١٨٤ وما بعدها.

المبحث الثاني
التعويض الاتفاقي «الشرط الجزائي»

١٣٥- تعريف الشرط الجزائي:

الشرط الجزائى ليس فيه فكرة الجزاء أو العقوبة على النحو الذى قد يوحى به اسمه. ولكنه اتفاق مسبق بين المتعاقدين على تقدير قيمة التعويض فى حالة اخلال المدين بالتزامه العقدى. وهذا الاتفاق قد يوضع كشرط فى العقد، أو يتم اقراره فى وقت لاحق على ابرام العقد وقبل تنفيذه. وهو فى جميع الأحوال لا ينشئ التزاما جديدا على عاتق المدين ولكنه مجرد وسيلة لتقدير التعويض الذى يستحقه الدائن عند اخلال المدين بالالتزام بالعقد، أو هو وسيلة اتفاقية لتحديد الطريقة التى يمكن بها تحريك عنصر المسئولية فى التزام المدين. ولذلك فان الشرط الجزائى يتبع التزام المدين ويظل محكوما بشروط هذا الالتزام وآثاره. وقد نص المشرع على جواز الشرط الجزائى فى المادة ٢٢٣ مدنى التى تقرر أنه «يجوز للمتعاقدين أن يحددوا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق، ويراعى فى هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠».

١٣٦- متى يستحق الشرط الجزائي:[٣١]

لا يستحق الشرط الجزائى الا باستحقاق التعويض ذاته، فهو ليس التزاما مستقلا، ولكنه مجرد وسيلة لتقدير التعويض. ولذلك لا يستحق الشرط الجزائى الا بتوافر عناصر المسئولية فى مواجهة المدين وهى الخطأ

(٣١) راجع كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ٢٩٦، ص٤٧٢ وما بعدها.

والضرر وعلاقة السببية. ويشترط كذلك لاستحقاقه أن يقوم الدائن باعذار المدين، الا فى الحالات التى لا يشترط فيها الاعذار على النحو السابق ذكره.

وليس فى الأحكام السابق ذكرها ما يستحق التعليق الا الشرط الخاص بتوافر الضرر لاستحقاق الشرط الجزائى. لأنه توجد شبهة فى الواقع فى أن الشرط الجزائى يستحق حتى ولو لم يلحق الدائن أى ضرر من عدم التنفيذ، على أساس أن المتعاقدين باتفاقهما على شرط جزائى قد اتفقا على أن الدائن يلحقه دائما ضرر من عدم التنفيذ وقاما فى نفس الوقت بتقدير قيمة الضرر. وهذا الرأى هو الذى يأخذ به القانون المدنى الفرنسى فى المادة ١١٥٢ منه التى تقرر أن عدم التنفيذ يستوجب دفع المبلغ المتفق عليه بغير زيادة أو نقص[٣٢] ولكن القانون المدنى المصرى الجديد قرر عكس هذا الحكم فى المادة ١/٢٢٤ التى تنص على أنه «لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر».

وقد يقال ما هى فائدة الشرط الجزائى بالنسبة للدائن إذا كان لا يستحق فى حالة عدم وجود أى ضرر يلحقه. والرد على ذلك هو أن الشرط الجزائى يقلب عبء الاثبات. فبغير الشرط الجزائى يكون على الدائن أن يثبت مقدار الضرر الذى لحقه، أما مع وجود الشرط الجزائى فان الضرر يكون مفترضا وينتقل إلى المدين عبء اثبات انعدام الضرر

(٣٢) ولكن المشرع الفرنسي الحديث أصدر قانون ٩ يوليو ١٩٧٥، بتعديل نصوص التقنين المدني في هذا الشأن، وأصبح من الجائز للقاضي أن يعدل الشرط الجزائي بما يتفق مع الضرر الذي أصاب الدائن.

حتى لا يلتزم بدفع التعويض. ومن الناحية العملية فان نقل عبء الاثبات مسألة غاية فى الأهمية.

١٣٧- آثار الشرط الجزائي:

تتحدد آثار الشرط الجزائى على ضوء الفكرة الأساسية التى يقوم عليها وهى أنه وسيلة اتفاقية لتحديد التعويض، ولذلك فهو لا يتخطى فى آثاره الغاية منه وهى تعويض الضرر الذى أصاب الدائن من عدم التنفيذ. وقد نص المشرع على هذه الآثار فى المادتين ٢٢٤، ٢٢٥ مدنى وتتلخص أحكامهما فيما يلى:

١- لا يستحق التعويض الاتفاقى أصلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر وقد سبق بيان ذلك.

٢- يجوز للقاضى أن يخفض الشرط الجزائى إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه. وهذا الحكم نتيجة طبيعية للحكم السابق لأنه اذا كان من الجائز عدم استحقاق الشرط الجزائى أصلا، فيكون من الجائز من باب أولى تخفيض هذا الشرط بحسب مقدار الضرر. وهنا أيضا تتمثل فائدة الشرط الجزائى فى نقل عبء الاثبات من الدائن إلى المدين الذى يصبح ملتزما بدفع التعويض المتفق عليه كله ما لم يثبت أن الضرر الذى أصاب الدائن أقل من هذا التعويض. ومن الأمثلة على ذلك أن يتفق مقاول على اقامة بناء لرب العمل فى أجل محدد مع التزامه بدفع مائه جنيه عن كل يوم تأخير. فاذا تأخر المقاول فى تسليم البناء فانه يلتزم بدفع التعويض الاتفاقى ما لم يثبت أن الضرر الذى يلحق الدائن أقل من مائة جنيه

اليوم كأن يكون عائد هذا البناء لا يتجاوز عشرة جنيهات فى اليوم. ففى هذه الحالة لا يلتزم المقاول الا بدفع مبلغ العشرة جنيهات المذكورة بغض النظر عن الشرط الجزائى.[٣٣]

٣- ويجوز من ناحية أخرى أن يطالب الدائن بأكثر من قيمة التعويض الاتفاقى اذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما. وأن الضرر جاوز التعويض المتفق عليه. فاذا جاوز الضرر التعويض الاتفاقى فان الشرط الجزائى يعتبر بمثابة اتفاق على تخفيف المسئولية وهذا جائز. ولكن اذا ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما، فان شرط تخفيف المسئولية يكون باطلا ويرجع إلى الأصل وهو أن يكون التعويض بقدر الضرر.

والخلاصة أن الشرط الجزائى لا ينشئ التزاما جديدا، ولكنه فقط وسيلة لتقدير التعويض، وتظهر أهم آثاره فى نقل عبء الاثبات، ولكنه يظل دائما محكوما بالفكرة الأساسية فى أن التعويض بقدر الضرر.[٣٤]

---

(٣٣) وجدير بالذكر أن تعديل القاضي للشرط الجزائي يؤدي إلي نشأة التزام قضائي جديد يحل محل الالتزام العقدي، ويكون حكم القاضي مجددا، ومنشأ ومصدرا للالتزام.

(٣٤) كان القانون المدني القديم ينص علي أنه «إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحا به في العقد أو في القانون فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر منه». ولكن القضاء كان يهدر هذا النص ولا يحكم به.

المبحث الثالث
التعويض القانوني (الفوائد)

١٣٨- أنواع الفوائد:

اذا استحقت الفائدة كتعويض عن استغلال رأس المال كالمقترض يلتزم بدفع فائدة للمقترض عن مدة القرض فانها تكون فائدة تعويضية. والفائدة التعويضية دائما فائدة اتفاقية. أما اذا استحقت الفائدة كتعويض عن التأخير فى الوفاء بالتزام نقدى فانها تكون فائدة تأخيرية، وهذه اما أن تكون اتفاقية تقررت بمقتضى العقد، أو قانونية استحقت بمقتضى القانون عند توافر شروط معينة. وفوائد التأخير القانونية هى تعويض قانونى عن الضرر الذى يصيب الدائن من حرمانه من الاستفادة بحقه فى فترة التأخير.(٣٥)

١٣٩- شروط فوائد التأخير القانونية:

تنص المادة ٢٢٦ مدنى على أنه «اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية. وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره».

---

(٣٥) مارتي ورينو، القانون المدني، جـ، فقرة ٥٢١ وما بعدها؛ سليمان مرقس، جـ٢، فقرة ٦٢٣ وما بعدها.

ويتضح من هذا النص أن شروط استحقاق فوائد التأخير القانونية هى:

١- أن يتعلق الأمر بالتزام محله مبلغ من النقود ، فالفائدة تعويض خاص بالالتزامات النقدية.

٢- أن يكون مبلغ الالتزام معلوم المقدار بوجه كاف وقت المطالبة به أمام القضاء. ويعنى ذلك أن تكون أسس تحديد هذا المبلغ ثابتة بما لا يدع مجالا واسعا للقاضى فى تقدير المبلغ المستحق. فدين الثمن فى عقد البيع معلوم بقدر كاف ومن ثم تستحق عنه فوائد التأخير من وقت المطالبة به، أما دين التعويض عن حادث سيارة فهو لا يصبح معلوما بوجه كاف الا بعد صدور الحكم به ومن ثم فلا يستحق عنه فوائد التأخير الا بعد صدور الحكم وليس من وقت المطالبة به.(٣٦)

٣- أن يتأخر المدين فى الوفاء بالتزامه. واستحقاق الفوائد عن تأخر المدين هو الذى يحدد صفة هذه الفوائد باعتبارها فوائد تأخير. وفى نفس الوقت فإن تأخر المدين فى الوفاء يتحقق معه خطأ المدين. والخطأ شرط لمسئولية المدين والتزامه بالتعويض فى مواجهة الدائن. وما الفائدة الا التعويض الذى قرره القانون للدائن فى هذا النوع من المسئولية.

٤- لم يشترط القانون بجانب الخطأ الذى يتمثل فى التأخر فى الوفاء، توافر شروط المسئولية الأخرى وهى الضرر وعلاقة السببية.

---

(٣٦) ومع ذلك فان الحكم بالتعويض في المسئولية التقصيرية لا ينشئ التزاما جديدا مصدره الحكم كما تذهب إلي ذلك محكمة النقض الفرنسية، راجع كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ٢٦٣، ص٣٩١ وما بعدها.

وبتعبير أدق فان المشرع افترض وجود الضرر وعلاقة السببية بمقتضى قرينة لا تقبل اثبات العكس. وأساس هذه القرينة هى الفكرة المنطقية التى مؤداها أن كل شخص يحرم من النقود المستحقة له يصيبه من ذلك ضرر مؤكد لأن النقود يمكن دائما استغلالها، والحرمان منها هو حرمان من فرصة الاستغلال المذكورة. وقد نص المشرع على هذا الحكم فى المادة ٢٢٨ مدنى التى تقرر أنه «لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير».(٣٧)

٥- يجب بجانب تأخر المدين فى الوفاء، أن يقوم الدائن باعذاره. ولم يكتف المشرع بأن يتم الاعذار عن طريق الانذار أو غيره من الأشكال الرسمية، بل اشترط أكثر من ذلك أن يتم الاعذار فى صورة مطالبة قضائية برفع الدعوى على المدين. ففوائد التأخير لا تستحق الا من وقت المطالبة القضائية كقاعدة عامة. ومع ذلك فترد على هذه القاعدة بعض الاستثناءات وأهمها أن يتفق المتعاقدان على استحقاق فوائد التأخير من أى وقت آخر سابق على المطالبة القضائية، كوقت الاعذار بطريق الانذار أو حتى بمجرد حلول الأجل. وكذلك قد ينص المشرع على استحقاق فوائد التأخير فى وقت سابق على المطالبة القضائية، كنص المادة ٧١٠ مدنى على التزام الموكل بدفع فوائد التأخير عن المبالغ التى أنفقها الوكيل لحسابه من وقت الانفاق.

فاذا توافرت هذه الشروط بأن كان محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار، وتأخر المدين فى الوفاء به، فان الدائن يستحق قبله فوائد تأخير قانونية من وقت المطالبة القضائية بالسعر الذى حدده القانون.

---

(٣٧) راجع في عبء اثبات الضرر، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ١٣٧، ص١٧٨ وما بعدها.

١٤٠- سعر فوائد التأخير القانونية:

بحسب نص المادة ٢٢٦ مدنى السابق ذكرها فان سعر فوائد التأخير القانونية التى يستحقها الدائن من وقت المطالبة القضائية هو ٤٪ فى المسائل المدنية و٥٪ فى المسائل التجارية. ويعتد فى تحديد صفة الدين بشخص المدين لا بشخص الدائن. فاذا كان المدين تاجرا أو كان الدين مترتبا على عملية تجارية قام بها المدين فانه يعتبر تجاريا ويستحق فائدة سعرها ٥٪ أما اذا لم يكن المدين تاجرا أو لم يكن مترتبا على عملية تجارية قام بها المدين فان الدين يعتبر مدنيا ويستحق فائدة سعرها ٤٪ حتى ولو كان الدائن تاجرا أو كانت العملية تجارية بالنسبة له.(٣٨)

١٤١- سعر الفائدة الاتفاقية:

من المقرر أن السعر القانونى للفوائد التأخيرية لا يسرى الا اذا لم يوجد اتفاق بين أطراف النزاع على تحديد سعر آخر للفائدة، فاذا وجد اتفاق من هذا القبيل فهو الذى يسرى. وفى هذه الحالة تكون فوائد التأخير اتفاقية وليست قانونية. ومن ناحية أخرى فان الفوائد قد تشترط فى غير حالات التأخير كتعويض عن استغلال رأس المال، وتسمى فى هذه الحالة الفوائد التعويضية كما سبق القول. وهذا النوع من الفوائد يكون دائما اتفاقيا.

وعلى هذا النحو فان الفوائد الاتفاقية اما أن تكون فوائد تأخيرية أو فوائد تعويضية. وفى الحالتين فان سعر الفائدة يتحدد على أساس

---

(٣٨) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ٨٣٥، ص٨٢٣.

اتفاق المتعاقدين. ومن المتصور أن يكون أقل أو أكثر من سعر فوائد التأخير القانونية. ولكن المشرع وضع حدا أقصى لسعر الفائدة الاتفاقية هو ٧٪ بحيث اذا زاد السعر المتفق عليه عن هذا القدر فانه ينقص إلى ٧٪. وقد جاء هذا الحكم فى المادة ٢٢٧ مدنى التى تقرر أنه «(١) يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة. فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفضيها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر. (٢) وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها، اشترطها الدائن اذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة، وتكون قابلة للتخفيض، اذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها، ولا منفعة مشروعة». وأهم ما يلاحظ على هذا النص:

١- الحد الأقصى لسعر الفائدة يتعلق بالنظام العام فلا تجوز مجاوزته.

٢- مجاوزة الحد الأقصى لسعر الفائدة لا يؤدى إلى ابطال العقد فى مجموعه، ولكن تخفض الفائدة المرتفعة إلى الحد الأقصى، ويظل العقد بعد ذلك قائما.[٣٩]

٣- القانون يحارب الفائدة الباهظة سواء ظهرت سافرة تحت اسم الفائدة، أو كانت مستترة تحت اسم آخر فى صورة منفعة من أى نوع كان يلتزم بها المدين فى مواجهة الدائن.

---

(٣٩) ويعتبر هذا الحكم من تطبيقات نظرية انتقاص العقد المنصوص عليها في المادة ١٤٣ من القانون المدني. راجع كتابنا، مصادر الالتزام فقرة ٨٣ ص٩٣ وما بعدها.

١٤٢- جواز تخفيض سعر الفائدة:

اذا تحدد سعر الفائدة قانونا أو اتفاقا فانه يكون واجب الدفع على المدين. ومع ذلك فقد أجاز المشرع فى أربع حالات استثنائية تخفيض السعر المقرر للفائدة. وندرس هذه الحالات فيما يلى:

١- الحالة الأولى: وتتحقق هذه الحالة اذا تسبب الدائن بسوء نية فى اطالة أمد النزاع. وقد جاء هذا الحكم فى المادة ٢٢٩ التى تنص على أنه «إذا تسبب الدائن، بسوء نية، وهو يطالب بحقه، فى اطالة أمد النزاع فللقاضى أن يخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية أو لا يقضى بها اطلاقا عن المدة التى طال فيها النزاع دون مبرر». ويفترض فى تطبيق هذا النص أن الدين استحق الاداء وتأخر المدين فى الوفاء به فاستحقت عليه فوائد تأخير بالسعر المتفق عليه أو بالسعر القانونى فى حالة عدم الاتفاق. ولكن بجانب خطأ المدين، فان الدائن أخطأ أيضا فى اطالة أمد النزاع بسوء نية هادفا من ذلك تراكم الفوائد على المدين. ففى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يخفض الفائدة أو ألا يقضى بها اطلاقا عن المدة التى طال فيها أمد النزاع وذلك بقدر التعسف الذى أظهره الدائن فى اطالة أمد النزاع دون مبرر.(٤)

٢- الحالة الثانية: وتتحقق هذه الحالة اذا زاد مجموع الفوائد على رأس المال. وقد جاء هذا الحكم فى المادة ٢٣٢ مدنى التى تقرر أنه «لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، ولا يجوز فى أية حال أن يكون

---

(٤) ويقع علي المدين عبء اثبات سوء نية الدائن. سليمان مرقس، ج٢، فقرة ٦٥٠، ص٦٢٨ عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ٨٣٩، ص٨٢٨.

مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية».

ويعبر هذا الحكم عن كراهية المشرع المصرى للربا ، فهو قد أجاز الفائدة ولكن فى حدود لا يصح تجاوزها. وطبقا لهذا الحكم فان الفوائد التى يستحقها الدائن عن الدين لا يجوز أن تزيد فى مجموعها عن مقدار الدين ذاته مهما طالت المدة التى استحقت عنها هذه الفائدة. ولكن المشرع يستثنى من هذا الحكم الحالات التى تجيز فيها المعاملات التجارية زيادة مجموع الفوائد على رأس المال. ومن هذا القبيل الدين الناشئ عن الحساب الجارى فى البنوك. بل ان محكمة النقض المصرية ذهبت إلى أن كل القروض التى تمنحها البنوك مستثناة من هذا الحكم بسبب الصعوبة التى يصادفها أى بنك فى الحصول على النقود التى يمنحها بعد ذلك فى صورة قروض لعملائه. فهو يحصل عادة على هذه النقود من بنوك أخرى ويعتبر التعامل بين هذه البنوك تعاملا تجاريا بحتا يجوز أن يزيد فيه مجموع الفوائد على رأس المال، فيجب تطبيق نفس الحكم على معاملات البنوك مع الأفراد ، حتى ولو كان المدين المقترض غير تاجر وكان القرض قد تم لأغراض غير تجارية.(٤١)

٣- الحالة الثالثة: وهذه الحالة منصوص عليها فى المادة ٢٣٢ السابق ذكرها وهى خاصة بالفوائد المركبة، وهو ما يعبر عنه بتقاضى فوائد على متجمد الفوائد. فالقاعدة هى عدم جواز تقاضى الفوائد المركبة. وكل اتفاق على ذلك لا يعمل به وتخفض الفائدة المتفق عليها

---

(٤١) نقض مدني - جلسة ٢٧ يونيه سنة ١٩٦٣- مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ٢٥٥ لسنة ٢٧ق، س١٤، رقم ١٣٢ ص٩٤٦.

بحيث تسرى فقط على أصل الدين وليس على الفوائد السابق ترتبها عليه. ولكن يستثنى من هذه القاعدة ما تقضى به العادات التجارية من جواز تقاضى فوائد مركبة عن الدين. فهى كما سبق أن رأينا يجوز أن تزيد على رأس المال، وهى أيضا يجوز أن تكون مركبة يتقاضاها البنك على متجمد الفوائد المستحقة له.(٤٢)

٤- الحالة الرابعة: وهى خاصة ببيع أموال المدين بالمزاد العلنى سدادا لدينه. فقد قررت المادة ٢٣٠ مدنى عدم سريان الفوائد فى مواجهة المدين من وقت رسو المزاد ولو طالت بعد ذلك اجراءات توزيع الثمن على الدائنين.(٤٣) فاذا وجد اتفاق على خلاف ذلك لا يعمل به، وتخفض الفائدة بحيث لا تزيد عن القدر المستحق وقت رسو المزاد.

١٤٣- جواز الزيادة في سعر الفائدة:

كما أجاز المشرع تخفيض سعر الفائدة فى بعض الحالات الاستثنائية. فقد أجاز الزيادة على سعر الفائدة فى بعض الحالات الأخرى. وهما حالتان ندرسهما فيما يلى:

١- الحالة الأولى: وهى تتحقق اذا تسبب المدين بسوء نية فى احداث ضرر يجاوز الفائدة. وقد نصت على هذا الحكم المادة ٢٣١ مدنى التى تقرر أنه «يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف إلى

---

(٤٢) ونظرا لضخامة القروض التي تمنحها البنوك والتي تصل إلي مئات المليارات من الجنيهات، فان الاستثناء يتجه إلي أن يصبح أكثر تطبيقا من القاعدة ذاتها.

(٤٣) راجع كتابنا في التأمينات العينية، ٢٠٠٠، البيع بالمزاد العلني، فقرة ٦٢ وما بعدها، ص١٨٨ وما بعدها.

الفوائد، اذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نيه».

وهذا النص مستمد من الأصل الذى تقوم عليه الفوائد وهى أنها تعويض عن التأخير فى الوفاء بالالتزام. فاذا تبين فى ظروف خاصة أن هذا التعويض لا يكفى لجبر الضرر، فيكون الأجدر الزيادة فى هذه الفوائد بما يؤدى إلى جبر الضرر فعلا، ولكن يشترط لتطبيق هذا الحكم الاستثنائى أن يتوافر شرطان أولهما أن يزيد الضرر عن الفوائد المقررة. ويقع على الدائن عبء اثبات هذه الزيادة. ويكون ذلك مثلا اذا اضطر الكفيل إلى بيع ماله بثمن بخس لوفاء دين المدين مع قدرة المدين على الوفاء بدينه، أو أن يكون الدائن منتظرا استيفاء حقه لابرام صفقة رابحة يدفع فيها الدين الذى يستحقه قبل مدينه، فلا يوفى المدين بدينه وتفوت على الدائن هذه الصفقة. والشرط الثانى أن يكون المدين سئ النية أى يعلم بالضرر الزائد الذى سيلحق دائنه من عدم الوفاء، ويكون قادرا على الوفاء ومع ذلك يتأخر فى القيام بذلك.(٤٤) فاذا اجتمع الضرر الزائد مع التعسف وسوء النية من جانب المدين، جاز للدائن أن يحصل على تعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد ويحسبه القاضى بقدر الضرر أى بقدر ما لحق الدائن من خسارة أو ما فاته من كسب.

٢- الحالة الثانية: وهى خاصة بالحساب الجارى. وقد جاء النص عليها فى المادة ٢٣٣ مدنى التى تقرر أن «الفوائد التجارية التى تسرى

---

(٤٤) قضت محكمة النقض بأن تأخير المدين في الوفاء بالدين لا يستوجب أكثر من الزامه بالفائدة القانونية، ما لم يثبت الدائن أن هذا التأخير كان بسوء نيه المدين وترتب عليه الحاق ضرر استثنائي بالدائن. (نقض مدني، جلسة ٢٢ يونيه سنة ١٩٦١، مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ١٠٥ لسنة ٢٦ ق - س١٢، رقم (٨٦)، ص٥٦١).

على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات، ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى». والحساب الجارى هو أحد عمليات البنوك استثناه المشرع من كل الاحكام المتعلقة باستحقاق الفوائد أو سعرها.(٤٤)

ففيما يتعلق بالاستحقاق فان الفوائد فى الحساب الجارى تسرى من وقت الخصم والاضافة، ولا يشترط لسريانها مطالبة قضائية أو اعذار.

ومن حيث السعر فلا يتحدد الحد الأقصى بخمسة فى المائة فى حالات السعر القانونى أو بسبعة فى المائة فى حالات السعر الاتفاقى، بل يتحدد السعر وفقا للعادات التجارية فى الجهات المختلفة.

ومن ناحية أخرى فمن الجائز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، ومن الجائز أن يزيد مجموع الفوائد على رأس المال، كما سبق القول. وبذلك نكون قد انتهينا من دراسة التنفيذ بطريق التعويض فى أنواعه الثلاثة، القضائى والاتفاقى والقانونى، وننتقل الآن إلى دراسة ما يكفل تنفيذ الالتزام.

(٤٤) ونظرا لضخامة القروض التي تمنحها البنوك والتي تصل إلي مئات الملبارات من الجنيهات، فان الاستثناء يتجه في التطبيق إلي أن يصبح أعم من القاعدة ذاتها. كما ذكرنا من قبل.

الفصل الثالث
ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

١٤٤- فكرة الضمان العام:

وضع المشرع الكثير من النظم القانونية التى من شأنها كفالة حقوق الدائن فى مواجهة المدين، بما يمكنه من تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا أو تنفيذا بمقابل عن طريق التعويض.

وهذه النظم بعضها عام يستفيد منها أى دائن وتدخل تحت فكرة الضمان العام للدائنين، وهى أساسا الدعوى غير المباشرة، والدعوى البولصية، ودعوى الصورية، والحق فى الحبس، ودعوى الاعسار. وبجانب هذه النظم توجد نظم أخرى خاصة لا يستفيد منها الا الدائنين أصحاب الحقوق المفضلة. وهم أصحاب التأمينات الشخصية والعينية. وهى الكفالة والرهن الرسمى والرهن الحيازى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز. وسنكتفى فيما يلى بدراسة موجزة عن وسائل الضمان العام التى يستفيد منها كل دائن، أما نظم الضمان الخاصة فمحلها دراسة متخصصة خارج نطاق نظرية الالتزام.

وفكرة الضمان العام[٤٦] نص عليها المشرع فى المادة ٢٣٤ مدنى التى تقرر أن «(١) أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. (٢)

---

(٤٦) راجع في فكرة الضمان العام، كتابنا، في التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ١، ص٥ وما بعدها.

وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون». وطبقا لهذه الفكرة فان كل أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه. ومقتضى ذلك أنه يجوز للدائن عند التنفيذ بحقه الذى تقرر بحكم قضائى أو أى سند تنفيذى آخر، أن يتخير ما شاء من أموال المدين للتنفيذ عليه. ولو كانت قيمة المال الذى يطلب بيعه بالمزاد العلنى أكثر بكثير من قيمة الدين المستحق للدائن، ولا عنت بالمدين فى ذلك فالأولى به أن يوفى دينه إذا كان لديه مال ذا قيمة كبيرة.

ولكن حق الدائن فى التنفيذ اذا كان يمتد إلى كل الأموال المملوكة للمدين، الا أنه يتقيد فى ذلك بأن تكون هذه الأموال مملوكة للمدين وقت التنفيذ. فاذا كان المدين قد تصرف فى مال كان يملكه من قبل ولو كان هذا المال موجودا فى ذمته وقت نشأة الدين، وكان الدائن قد عول عليه فى منح ائتمانه للمدين، فلا يجوز للدائن أن ينفذ على هذا المال. فالقاعدة أن الدائن العادى لا يجوز له أن يتتبع أموال خرجت من ذمة المدين قبل التنفيذ، فهو لا يملك ما يسمى بالحق فى التتبع.[٤٧] ولهذا السبب فان الدائن قد يتعامل مع مدين موسر وقت نشأة الدين ولكنه يجد هذا المدين معسرا وقت التنفيذ.

ومن ناحية أخرى فاذا كان حق الدائن فى الضمان العام يرد على كل أموال المدين، غير أن كل الدائنين متساوون فى هذا الضمان بغض النظر عن تاريخ نشأة دين أى واحد منهم. فاذا اعتمد الدائن وقت نشأة الدين على أنه لا يوجد دائن آخر غيره لهذا المدين، فانه قد يفاجأ وقت

---

(٤٧) راجع الحق في التتبع، كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٩٣ وما بعدها، ص٢٤٣ وما بعدها.

التنفيذ بأن المدين قد أنشأ ديونا جديدة على عاتقه وأن دائنين آخرين قد ظهروا ولم يكن لهم وجود من قبل. وكل هؤلاء الدائنين من نشأ دينه أولا ومن نشأ دينه أخيرا يتساوون عند التنفيذ على أموال المدين. بحيث اذا لم تكف أموال المدين للوفاء بكل ديونه، اقتسم الدائنون حصيلة التنفيذ قسمة غرماء أى بقدر نصيب كل منهم فى مجموع الديون.

وهكذا فان الضمان العام رغم ما فيه من امتداد حق الدائن إلى كل أموال المدين، وما فيه من مساواة بين جميع الدائنين، الا أنه ينطوى على سلبية ظاهرة تتمثل فى أن الدائن لا يستطيع أن يعترض على تصرف المدين فى أمواله، ولا يستطيع أن يتتبع أموال المدين بعد خروجها من ذمته، ولا يستطيع منع المدين من انشاء ديون جديدة على عاتقه، ولا يستطيع ادعاء أية أفضلية على الدائنين الذين نشأت حقوقهم بعده.(٤٨)

ولذلك فان الدائن يكون دائما مهددا بخطر اعسار المدين أى زيادة ديونه على حقوقه. وهو خطر لا يستطيع الدائن أن يدفعه الا اذا استعان بوسيلة من وسائل الضمان الخاص وبصفة أساسية التأمينات العينية وهى الرهن بنوعيه والاختصاص والامتياز. أما الدائن العادى فلا يملك أى وسيلة لدفع خطر اعسار المدين الناشئ عن تصرفاته العادية المؤدية إلى انقاص حقوقه أو زيادة التزاماته. لأن الدائن ليس من حقه أن يقيد حرية المدين فى التصرف. فالدين ليس سببا من أسباب الحجر على المدين أو الحد من حريته فى التصرف.

ومع ذلك اذا انطوت تصرفات المدين على اهمال أو غش من جانبه

---

(٤٨) راجع الحق في الافضلية. كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٨٧ وما بعدها، ص٢٢٩ وما بعدها.

فهنا يجوز للدائن أن يتحرك حماية لحقه فى الضمان العام. وقد أعطاه المشرع فى هذا المجال بعض الوسائل التى نذكرها فيما يلى.

١٤٥- الدعوي غير المباشرة:

اذا أهمل المدين فى استعمال حقوقه بما يؤدى إلى اعساره أو الزيادة فى اعساره، جاز للدائن أن يستعمل هذه الحقوق باعتباره نائبا قانونيا له، ويؤدى ذلك إلى حفظ هذه الحقوق بما يدعم حق الضمان العام المقرر لكل الدائنين.

وشروط الدعوى غير المباشرة هى: ١- أن يكون للدائن حق ثابت فى مواجهة المدين. ولا يشترط أن يكون هذا الحق مستحق الأداء. ٢- ويشترط أن يكون للمدين حق من أى نوع كان كدين فى ذمة شخص آخر أو حق عينى على شئ من الأشياء. ٣- ويشترط أن يهمل المدين فى المحافظة على هذا الحق بأن يسكت عن مطالبة مدينه بما يؤدى إلى سقوط حقه بالتقادم أو أن يتكاسل فى رفع دعوى استحقاق لحماية حق ملكية على شئ ينازعه فيه شخص آخر. ٤- ويشترط أن يؤدى ذلك إلى اعسار المدين أو الزيادة فى إعساره. أما اذا كان للمدين مال آخر يكفى للوفاء بكل دينه فلا يجوز لأى دائن من دائنيه أن يتدخل فى شئونه. ٥- اذا رفع الدائن الدعوى نيابة عن مدينه عند توافر الشروط السابقة فيجب عليه أن يدخل هذا المدين فى الدعوى حتى يصدر الحكم فيها فى مواجهته، فاذا لم يفعل ذلك كانت الدعوى غير مقبولة،[٤٩] ولكن لا يشترط اعذار المدين لاستعمال حقوقه. وآثار الدعوى غير المباشرة هى:

---

(٤٩) ولا حاجة للدائن أن يدخل الدائنين الأخرين في الدعوي. استئناف مختلط، ٢٦ مايو ١٩١٥ م٢٧ ص٣٥١، مشار اليه في السنهوري، الوجيز، ص٨٤٦، هامش ١.

١- الدائن لا يعمل لحسابه الشخصي ولكنه يعتبر نائبا عن المدين. والنيابة فى هذه الحالة نيابة قانونية مقررة بمقتضى القانون فى المادة ٢٣٦ التى تقرر أنه «يعتبر الدائن فى استعماله حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين...». ٢- يترتب على الحكم السابق أن كل فائدة يجنيها الدائن من استعمال حقوق مدينه لا تعود عليه شخصيا، ولكنها تعود إلى المدين نفسه بما يؤدى إلى تدعيم ذمته المالية، وبالتالى تدعيم حق الضمان العام لجميع الدائنين. فتكون الفائدة التى جناها الدائن الذى باشر الاجراءات هى اشتراكه مع سائر الدائنين الآخرين فى ثمرة هذه الاجراءات دون اختصاصه وحده بها. وقد جاء هذا الحكم فى الشطر الثانى من المادة ٢٣٦ «وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضمانا لجميع دائنيه».

١٤٦- الدعوي البولصية أو دعوي عدم نفاذ التصرفات:

يرجع اسم الدعوى البولصية إلى أحد رجال القانون الرومانى (بولص). الذى يقال أنه هو الذى ابتدعها. ويطلق على هذه الدعوى أيضا اسم دعوى عدم نفاذ التصرفات، لأن الهدف منها هو عدم نفاذ التصرف الذى قام به المدين فى مواجهة دائنه اذا توافرت شروط معينة. وندرس فيما يلى شروط هذه الدعوى وآثارها.

أ- شروط الدعوى البولصية: سبق أن رأينا أن المدين بحسب الأصل حر فى القيام بأى تصرف يرغب فيه. لأن علاقة الدين لا تؤدى إلى الحجر على ارادته. ومع ذلك فقد أجاز المشرع للدائن أن يعترض على تصرف المدين اذا كان طابعه الغش والتواطؤ بما يؤدى إلى الاضرار بحق الدائن، وهذه الفكرة العامة تتحدد بالشروط الآتية:

١- يجب أن يكون حق الدائن مستحق الآداء، أي أن يكون أجل الوفاء به قد حل فعلا. ولا يكفى أن يكون موجودا محقق الوجود كما هو الشأن فى الدعوى غير المباشرة السابق دراستها. والسبب فى هذا التشدد هو أن الطعن فى تصرف المدين أشد خطرا من استعمال حقوقه.

٢- ويجب أن يكون التصرف الذى قام به المدين مفقرا، أى مؤديا إلى الانتقاص من حقوقه أو الزيادة فى التزاماته. كأن يخرج المدين مالا من ذمته بطريق الهبة أو بطريقة البيع لأنه سيتمكن غالبا من اخفاء ثمن البيع بعيدا عن متناول الدائن. ويصدق نفس الشئ اذا زاد المدين من التزاماته كأن يبرم قرضا جديدا، أو أن يلتزم بضمان مدين آخر بطريق الكفالة.

٣- يجب أن يكون هذا التصرف المفقر مؤديا إلى اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره، أى مؤديا إلى نقص حقوق المدين عن التزاماته بما يحول بينه وبين الوفاء بهذه الالتزامات كاملة. أما اذا لم يكن التصرف مؤديا إلى ذلك، فلا اعتراض عليه ولو كان مفقرا للمدين، طالما بقى له مال آخر يكفى للوفاء بكل ديونه. ويقع على الدائن عبء اثبات اعسار المدين. ولكن المشرع خفف عليه فطلب منه أن يثبت فقط الديون التى فى ذمة المدين، فاذا ثبت ذلك قامت قرينة الاعسار. وعلى الدائن اذا أراد أن ينفيها أن يثبت هو أن لديه مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها (م٢٣٩ مدنى).(٥٠)

(٥٠) وعلى قاضي الموضوع سلطة تقديرية لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض في القول بأن تصرف المدين هو الذي سبب اعساره أو زاد في هذا الاعسار، وما اذا كان الاعسار باقيا إلي وقت رفع الدعوي، وان كان لمحكمة النقض أن تتحقق من أن محكمة الموضوع قد تثبتت من هذه الأمور الواقعية. (نقض مدني، جلسة ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢، مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ٢٧ سنة ٢٠ق - س٣ - رقم (٨٤) ص٤٩٦).

٤- يجب أن يكون التصرف المفقر المؤدى إلى اعسار المدين تاليا فى الوجود على حق الدائن الذى طعن فيه بعدم النفاذ. أما اذا كان سابقا على حق الدائن، فلا يستساغ من الدائن أن يطعن فيه، لأن المفروض أنه تعامل مع المدين وهو عالم بهذا التصرف فلا يلومن الا نفسه. وهنا أيضا يتشدد المشرع فى الدعوى البولصية فيضع شرطا لم يشترطه فى الدعوى غير المباشرة وذلك للفارق فى الخطورة بين الدعويين.

٥- ويشترط أخيرا أن ينطوى التصرف على غش من المدين، وعلى تواطؤ من المتصرف اليه. ويعتبر التصرف منطويا على غش من المدين، اذا صدر منه وهو عالم أنه معسر، ويعتبر التصرف منطويا على تواطؤ من المتصرف اليه اذا كان يعلم أن المدين معسر. ويلاحظ أن شرط الغش والتواطؤ، مطلوب فقط فى التصرفات بعوض كالبيع والقرض..الخ،(٥١) أما اذا تصرف المدين فى ماله بطريق التبرع فلا يشترط لا غش لمدين، ولا تواطؤ المتصرف اليه. (م٢٣٨مدنى).

فشروط الدعوى البولصية اذن هى أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، سابقا فى الوجود على تصرف المدين المطعون فيه، والذى يجب أن يكون مفقرا ومؤديا إلى اعساره أو الزيادة فى اعساره، ومنطويا على غش من جانبه وتواطؤ من المتصرف اليه.

ب- آثار الدعوى البولصية: تتلخص آثار الدعوى البولصية فى عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن الذى رفع هذه الدعوى، مع بقاء هذا

---

(٥١) ويتعلق الأمر هنا أيضا بمسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض، راجع السنهوري، الوجيز، فقرة ٧٨٢، ص٨٦٨.

التصرف قائما فى العلاقة بين المدين والمتصرف اليه. ويستوجب ذلك الملاحظات الآتية:

١- الدائن لا يرفع هذه الدعوى باسم المدين وبالنيابة عنه كما هو الشأن فى الدعوى غير المباشرة، ولكنه يرفعها باسمه شخصيا ضد المدين وضد الشخص الذى تصرف اليه المدين.

٢- لا يطالب الدائن بابطال التصرف الذى أبرمه المدين، بل يظل هذا التصرف قائما مادام قد أبرم صحيحا طبقا للقواعد العامة، ولكن الدائن يطالب فقط بعدم نفاذ التصرف فى مواجهته.(٥٢)

٣- يترتب على الحكم بعدم النفاذ اعتبار أن افتقار المدين لم يحدث قط، فاذا كان المدين قد باع شيئا يملكه فان هذا الشئ يعتبر باقيا فى ذمته ويجوز للدائن التنفيذ عليه استيفاء لحقه.(٥٣)

٤- ولكن لا تعود الفائدة من الدعوى إلى الدائن الذى رفعها وحده، بل تعود إلى كل دائن آخر غيره طالما كان مستوفيا لشروطها بالنسبة له، أى كان حقه مستحق الآداء وموجودا قبل التصرف المطعون فيه. وهذا ما عبر عنه المشرع فى المادة ٢٤٠ مدنى بقوله «متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر التصرف اضرارا بهم».

(٥٢) الدعوي البوليصية ليست دعوي بطلان أو دعوي تعويض. راجع في القانون الفرنسي، مارتي ورينو، جـ٢، فقرة ٧١٤ وما بعدها.

(٥٣) يقول مارتي ورينو في المرجع السابق، أن الدائن رافع الدعوي يقتصر علي من اكتسب الملكية من المدين المعسر.

١٤٧- دعوي الصورية:

يحدث كثيرا فى العمل أن يبرم تصرف صورى لا وجود له فى الواقع. والصورية تحقق للمتعاقدين أغراضا شتى. فالشخص ينقل ملكية شئ مملوك له إلى غيره لابعاد هذا الشئ عن متناول دائنينه، مع احتفاظه فى نفس الوقت بملكية هذا الشئ فى علاقته بالمتصرف اليه، ويكون ذلك بابرام عقد ظاهر أو صورى يعلنه المتعاقدان للناس ويقرران فيه أن ملكية الشئ قد انتقلت بطريق البيع مثلا من أحدهما للآخر.(٥٤) وفى نفس الوقت يبرم المتعاقدان فيما بينهما عقدا آخر يقرران فيه بقاء الملكية وعدم انتقالها ويسمى هذا العقد بالعقد الحقيقى أو العقد المستتر. ويسمى كذلك فى لغة المحاكم «ورقة الضد». ويحدث نفس الأمر اذا كان الهدف من نقل الملكية فى الظاهر، هو زيادة ملكية المتصرف اليه بما يسمح له بالانضمام إلى عضوية جمعية أو شركة، أو التقدم إلى مصاهرة أسرة تتطلب هذه الملكية.. الخ. وفى جميع الأحوال فانه يوجد دائما فى الصورية عقدان، أحدهما ظاهر معلن للناس، وثانيهما حقيقى ومستتر بين المتعاقدين. ويشترط لتحقق الصورية ابرام العقدين فى نفس الوقت، وأن يكون أطراف كل منهما هم نفس الأشخاص.

وحكم القانون فى الصورية هو أن العقد النافذ بين المتعاقدين وبالنسبة لورثتهما، هو العقد المستتر، لأنه هو العقد الحقيقى الذى يعبر عن ارادتهما الحقيقية (م٢٤٥مدنى).

---

(٥٤) راجع في أن عقد البيع الصوري ولو تم تسجيله لا ينقل الملكية، كتابنا، عقد البيع، فقرة ٤٥، ص١٩٦ وما بعدها.

أما بالنسبة للغير، وبصفة خاصة دائنى كل من المتعاقدين، فقد أجاز لهم المشرع التمسك بالعقد الصورى، وهو العقد الظاهر الذى أعلنه المتعاقدان للناس، اذا المفروض ألا يعلم الغير بالعقد المستتر الذى أخفاه المتعاقدان عن الناس. وعلى هذا النحو اذا باع شخص شيئا يملكه بعقد صورى واحتفظ بملكيته بعقد حقيقى، فانه يجوز مع ذلك لدائن المشترى أن يتمسك بالعقد الصورى، أى أن يعتبر أن الملكية قد انتقلت فعلا إلى مدينه المشترى ومن ثم يجوز له بالتالى أن ينفذ على هذا الشئ ويبيعه بالمزاد العلنى استيفاء لحقه. ويشترط لذلك أن يكون دائن المشترى حسن النية لا يعلم ان هذا العقد صورى غير حقيقى، ويفترض فى الدائن حسن النية وعلى من يدعى عكس ذلك يقع عبء الاثبات.

ولكن كما يجوز للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر، فيجوز له أيضا أن يتمسك بالعقد الحقيقى اذا علم بوجوده. بل هو اذا علم بوجوده فلا يجوز له أن يتمسك بغيره. وعلى هذا النحو ففى المثال السابق يجوز لدائن البائع أن يتمسك بالعقد المستتر الحقيقى الذى بمقتضاه لا وجود لهذا البيع، وبالتالى يجوز لدائن البائع أن ينفذ على الشئ المبيع على أساس أنه باق فى ذمة مدينه.(٥٥)

ولكن قد يحدث أن تتعارض مصالح ذوى الشأن فيتمسك بعضهم بالعقد الحقيقى ويتمسك البعض الآخر بالعقد الظاهر، كما لو تمسك دائن البائع بالعقد الحقيقى واعتبر البيع غير قائم والملكية باقية

(٥٥) قضت محكمة النقض بأن «العقد الصوري يعتبر غير موجود ولو سجل». نقض مدني ١٩٤٣/١١/٢٥، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، جا ١، ص٣٨١، فقرة ٢١٧؛ وراجع أحكام النقض الأخري المشار إليها في كتابنا. عقد البيع، فقرة ٤٥، ص١٩٦ وما بعدها.

فى ذمة مدينه، وتمسك دائن المشترى بالعقد الظاهر واعتبر أن البيع قائم وأن الملكية انتقلت إلى ذمة مدينه هو. فى هذه الحالة قرر المشرع أن الأفضلية تكون لمن تمسك بالعقد الظاهر (م٢٤٤/٢ مدنى). وقد أراد المشرع بهذا الحكم أن يحمى الأوضاع الظاهرة، وذلك حماية للثقة المشروعة فى المعاملات، لأن من حق الغير اذا كان حسن النية أن يطمئن إلى الظاهر الذى أعلن للناس، ولو تعارض مع وضع حقيقى لم يكن يعلم به.

وهكذا فان الحماية التى أعطاها المشرع للدائن الذى يتمسك بالعقد الحقيقى لا تقوم الا إذا لم تتعارض مع مصلحة دائن آخر حسن النية يتمسك بالعقد الظاهر.

١٤٨- الحق في الحبس:

الحق فى الحبس وسيلة من وسائل الضمان، وهو يقوم على فكرة مؤداها أنه اذا كان الشخص دائنا ومدينا لغيره فى نفس الوقت فمن الجائز أن يستوفى حقه من دينه، أو أن يمتنع عن الوفاء بدينه إلى أن يستوفى حقه، ويتحقق هذا الحكم فى كثير من الفروض.

فاذا توافرت فى كل من الدينين شروط خاصة، فانهما ينقضيان بقدر الأقل منهما، وهذه هى المقاصة التى سندرسها فيما بعد كسبب من أسباب انقضاء الالتزام.

واذا لم تتوافر شروط المقاصة وكان مصدر كل من الدينين عقدا ملزما للجانبين، فانه يجوز لأى من المتعاقدين أن يتمسك بعدم التنفيذ،

أى يمتنع عن تنفيذ التزاماته إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته أيضا. وقد سبق أن درسنا الدفع بعدم التنفيذ.(٥٦)

وإذا كان الارتباط بين الالتزامين لم ينشأ عن عقد ملزم للجانبين، فان تمسك أحد الطرفين بعدم تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، يصدق عليه اصطلاح الحق فى الحبس، وهو الاصطلاح الواسع الذى يصدق أيضا على المقاصة وعلى الدفع بعدم التنفيذ. وقد نص المشرع على القاعدة العامة فى الحق فى الحبس فى المادة ٢٤٦ مدنى التى تقرر أنه «(١) لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به. أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا. (٢) ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه، اذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة. فان له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له، الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع». ويتضح من هذا النص أن أهم تطبيقات الحق فى الحبس يوجد فى حالة حائز الشئ أو محرزه اذا أنفق عليه مصروفات ضرورية لحفظه من الهلاك أو مصروفات نافعة تؤدى إلى الزيادة فى قيمة الشئ. ففى مثل هذه الحالة يوجد ارتباط مادى بين التزام الحائز برد الشئ إلى مالكه، وبين التزام المالك برد هذه المصروفات إلى الحائز الذى أنفقها. فيجوز للحائز استعمالا لحقه فى الحبس أن يمتنع عن رد الشئ إلى أن يستوفى المصروفات التى يستحقها.(٥٧)

---

(٥٦) الدفع بعدم التنفيذ تطبيق خاص من تطبيقات الحق في الحبس لا مجال له إلا في العقود الملزمة للجانبين، راجع كتابنا في مصادر الالتزام، فقرة ١٤٨ ص١٩٨ وما بعدها

(٥٧) ويستفيد من ذلك الحائز بحسن نية، بل والغاصب أيضا. راجع كتابنا في مصادر الالتزام، ص ٢

وبمقتضى حقه فى الحبس، يجوز للحائز أن يمنع الدائنين الآخرين من التنفيذ على الشئ الذى يباشر عليه الحق فى الحبس. ولكن اذا هو أجاز للدائنين التنفيذ على الشئ، فانه لا يصبح متقدما عليهم فى شئ بل يتحول إلى دائن عادى، قد يفضله أى واحد منهم اذا كان له حق ضمان خاص كرهن مثلا (م١٤٧/١ مدنى).

ومن ناحية أخرى فان الحق فى الحبس ينقضى اذا خرج الشئ من يد حائزه أو محرزه، لأن هذا الحق يعتمد فى وجوده على وجود الشئ فى يد محرزه وينقضى بالتالى بخروجه من يده(م٢٤٨/١مدنى).

ومع ذلك يجوز لحابس الشئ، اذا خرج الشئ من يده خفية أو بالرغم من معارضته، أن يطلب استرداده، اذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج الشئ من يده، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه (م٢٤٨/٢ مدنى).

والحق فى الحبس، ليس حقا عينيا كالرهن، ولكنه وسيلة خاصة من وسائل الضمان، أعطاها المشرع لكل دائن متى توافرت شروط الارتباط بين التزامه قبل مدينه، وبين حقه هو قبل نفس المدين، وذلك مراعاة لاعتبارات العدل والمنطق.

١٤٩- دعوي الاعسار:

اذا أفلس المدين التاجر فانه يشهر افلاسه وتصفى أمواله وتوزع على الدائنين، طبقا للقواعد المقررة فى القانون التجارى. أما إذا كان المدين غير تاجر فلا يطبق عليه نظام الافلاس التجارى، ولكن ينطبق عليه نظام الاعسار المدنى. وبمقتضى هذا النظام يجوز أن يشهر اعسار

المدين اذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه مستحقة الاداء (م٢٤٩ مدنى). ويكون شهر الاعسار بحكم تصدره المحكمة، بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه. (م٢٥٠ مدنى). وعلى المحكمة قبل أن تشهر اعسار المدين، أن تراعى فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت به، سواءً أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة، فتنظر إلى موارده المستقبلة ومقدرته الشخصية، ومسئوليته التى أدت إلى اعساره، ومصالح دائنيه المشروعة وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المالية. (م٢٥١مدنى)، وقد يؤدى هذا البحث إلى عدم الحكم بشهر الاعسار رغم أن أموال المدين لا تكفى لوفاء ديونه مستحقة الآداء.

وأهم أثر يترتب على نظام الاعسار أنه بمجرد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار، لا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين، يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين. (م٢٥٧ مدنى). وهذا الحكم هو الذى يجعل من دعوى الاعسار وسيلة من وسائل المحافظة على حقوق الدائنين، لأنه اعتبارا من تسجيل صحيفة هذه الدعوى لا يجوز للمدين أن يقوم بأى تصرف يؤدى إلى زيادة اعساره والاضرار بالتالى بحقوق الدائنين السابقين.[٥٨]

ولكن على خلاف الافلاس التجارى فان الاعسار المدنى لا يؤدى إلى غل يد المدين عن ادارة أمواله، بل يظل من حق المدين أن يتصرف

---

(٥٨) راجع في المقارنة بين الاعسار المدني والرهن القضائي المعروف في القانون الفرنسي. بلانيول وريبير وبيكيه، جـ١٢، فقرة ٥٦٠؛ جوسران، جـ٢ فقرة ١٧١٢؛ كولان وكابتان، جـ٢، فقرة ١٧٤١.

فى ماله، ولو بغير رضاء الدائنين، على أن يكون ذلك بثمن المثل، وأن يقوم المشترى بايداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقا لاجراءات التوزيع، أما اذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل، كان التصرف غير سار فى حق الدائنين، الا اذا أودع المشترى فوق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل. فالهدف الأساسى من نظام الاعسار هو حماية حقوق الدائنين، وليس تقييد حرية المدين، فالمدين يحتفظ بحريته فى التصرف بشرط عدم الاضرار بحقوق دائنيه. (راجع م٢٥٨ مدنى).

وبهذا نكون قد انتهينا من الباب الأول الخاص بآثار الالتزام، بعد أن درسنا فيه التنفيذ العينى والتنفيذ بمقابل بطريق التعويض، وكفالة حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان، وننتقل إلى الباب الثانى لندرس أوصاف الالتزام.

الباب الثاني
أوصاف الالتزام

١٥٠- الالتزام البسيط والالتزام الموصوف:[١]

الالتزام فى صورته البسيطة هو علاقة بمقتضاها يلتزم شخص هو المدين بأداء معين ومؤكد وفورى، فى مواجهة شخص آخر هو الدائن. ودراستنا السابقة لآثار الالتزام كانت تنصب على هذه الصورة من صور الالتزام. ولكن يحدث كثيرا فى العمل أن وصفا يلحق الالتزام فى أى عنصر من عناصر التعريف السابق، فينعكس هذا الوصف على الالتزام فى مجموعه، ويصبح الالتزام فى هذه الحالة موصوفا وليس بسيطا والوصف قد يلحق الالتزام فى الرابطة الملزمة ذاتها فيجعل وجودها أو زوالها غير محقق الوقوع وهذا هو الشرط، أو يجعل تنفيذها أو انقضاءها متراخيا إلى أجل. وهذا هو الأجل.

والوصف قد يلحق الالتزام فى محله فيجعله متعددا أو بدليا أو تخييريا، فيصبح الالتزام نفسه متعدد المحل أو بدليا أو تخييريا. وأخيرا فان الوصف قد يلحق الالتزام فى طرفيه فيجعل فى كل طرف أكثر من شخص واحد. وهذا هو الالتزام المتعدد الأطراف، سواء كان التعدد بغير تضامن أو بطريق التضامن.

وندرس فى فصل أول الشرط والأجل، وفى فصل ثان، الالتزام البدلى والتخييرى ومتعدد المحل، وفى فصل ثالث تعدد أطراف الالتزام

---

(١) راجع أوصاف الالتزام في القانون الفرنسي، مارتي ورينو، جـ٢، فقرة ٧٢٣ وما بعدها مارو، دروس في القانون المدني، ص٨٦٨ وما بعدها؛

الفصل الأول
الشرط والأجل

١٥١- مقارنــة:

الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوجود، أما الأجل فهو أمر مستقبل محقق الوقوع. والشرط قد يتوقف عليه وجود الالتزام وهو الشرط الواقف، وقد يترتب عليه زوال الالتزام، وهو الشرط الفاسخ. أما الأجل فقد يتوقف عليه تنفيذ الالتزام وهذا هو الأجل الواقف. وقد يترتب عليه انقضاء الالتزام وهذا هو الأجل الفاسخ. وندرس فيما يلى الشرط والأجل فى مبحثين متتاليين.

المبحث الأول
الشرط

١٥٢- تعريف الشرط ومقوماته:

تنص المادة ٢٦٥ مدنى على أنه «يكون الالتزام معلقا على شرط اذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع». ويتضح من هذا النص أن الشرط هو أمر مستقبل وغير محقق الوقوع. ويضاف إلى هذا التعريف أنه غير مخالف للنظام العام، وأنه عنصر عارض فى الالتزام.

١- فأول مقومات الشرط أنه أمر مستقبل. مثال ذلك أن يلتزم شخص فى مواجهة شخص آخر باعطائه مكافأة اذا نجح فى الامتحان أو اذا فاز فى سباق أو اذا تزوج من سيدة معينة.... الخ.

فاذا لم يكن الأمر الذى علق عليه الالتزام مستقبلا بل كان قد حدث فعلا ولو لم يكن يعلم به المتعاقد فان الالتزام يكون منجزا غير معلق على شرط. ويحدث ذلك فى الأمثلة السابقة اذا كان الموعود له قد نجح فى الامتحان أو فاز فى السباق أو تزوج السيدة المذكورة فعلا وقت صدور الوعد اليه.(٢)

٣- وأهم مقومات الشرط انه غير محقق الوقوع، فهو حدث احتمالى متوقف فى تحققه على الصدفة والظروف. ومعنى ذلك أن الشرط غير محقق الوقوع من ناحية، وغير مستحيل من ناحية أخرى. فهو اذا كان محقق الوقوع فانه يكون أجلا وليس شرطا، مثال ذلك تعليق الالتزام على حلول العام الجديد أو على موعد جنى القطن. واذا كان الأمر المستقبل محقق الوقوع ولكنه غير معروف الميعاد، كالموت مثلا، فانه يكون أجلا ولا يعتبر شرطا، لأن الموت محقق الوقوع وان كان غير محدد الميعاد. ولكن قد ينقلب الموت إلى شرط اذا اشترط وقوعه فى فترة محددة. فهو لا يكون محقق الوقوع فى هذه الفترة بالذات ومن ثم يصدق عليه وصف الشرط.

ومن ناحية أخرى فيجب ألا يكون الشرط مستحيل الوقوع استحالة مطلقة سواء كانت هذه الاستحالة مادية كاحياء شخص مات أو الامساك بالشمس...الخ. أو استحالة قانونية كالزواج من سيدة محرم أو كسب طعن فى قضية بعد انقضاء مدته. فالشرط هو أمر محتمل لا هو محقق ولا هو مستحيل. وفى هذا تنص المادة ١/٢٦٦ مدنى «لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط غير ممكن...».

---

(٢) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ٩٤٠، ص٩٤٢؛ سليمان مرقس، جـ٢، فقرة ٧٤٤، ص٧٣٣.

٣- ومما يتصل بفكرة الاحتمال أن يكون الشرط متوقفا على محض ارادة المدين أو ارادة الدائن. فاذا كان الشرط فاسخا فانه يكون صحيحا اذ من الجائز أن يترك إلى أى من المتعاقدين الحق فى فسخ الالتزام بعد وجوده. أما اذا كان الشرط واقفا فانه اذا كان معلقا على محض ارادة الدائن فانه يكون جائزا لأنه من المتصور أن يترك إلى الدائن الحق فى تقاضى الالتزام أو اعفاء المدين منه.[٣] أما اذا كان الشرط الواقف معلقا على محض ارادة المدين، فان الالتزام لا يقوم، لأنه من غير المتصور أن يوجد التزام له كيان قانونى ويكون وجوده متوقفا على محض ارادة المدين اذا أراد أنشأه واذا لم يشأ لم تقم للالتزام قائمة. بل هو التزام غير منعقد من الأصل. وقد نص المشرع على هذا الحكم فى المادة ٢٦٧ مدنى التى تقرر أنه «لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة المدين».

٤- ويجب أن كون الشرط غير مخالف للنظام العام والآداب. وفى هذا تقرر المادة ٢٦٦ مدنى «(١) لا يكون الالتزام قائما اذا علق على.... شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا اذا كان الشرط واقفا، أما اذا كان فاسخا فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم. (٢) ومع ذلك لا يقوم الالتزام اذا علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام، اذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام»

وطبقا لهذا النص اذا اتفق مثلا على دفع مبلغ من النقود اذا وقعت جريمة معينة أو اذا اشتغلت سيدة معينة بالدعارة.. الخ. فان الشرط

---

(٣) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ٩٤١، ص٩٤٤؛ سليمان مرقس، جـ٢، فقرة ٧٤٥، ص٧٣٥.

يكون باطلا وكذلك العقد الذى تضمنه. أما اذا اتفق على أن الالتزام ينقضى اذا ارتكبت جريمة معينة أو وقع أى أمر آخر مخالف للنظام العام، فان الشرط نفسه لا يعتد به، ويظل الالتزام قائما الا اذا كان ارتكاب هذه الجريمة أو وقوع هذا الأمر المخالف للنظام العام أو الآداب هو الباعث الدافع للالتزام ففى هذه الحالة يبطل الالتزام والشرط معا.

٥- ومن مقومات الشرط أخيرا أنه عنصر عارض فى الالتزام، من المتصور أن يقوم الالتزام بدونه. بل أن الأصل هو أن الالتزام بسيط غير معلق على شرط. ولذلك لا يصلح أن يكون شرطا الشئ الذى لا يتصور قيام الالتزام بدونه، فلا يصلح أى ركن من أركان الالتزام شرطا فيه. فمحل الالتزام مثلا وهو ركن من أركانه لا يصلح فى نفس الوقت شرطا يعلق عليه الالتزام. فاذا التزم شخص بأن يدفع لأحد الجراحين مبلغا من النقود اذا أجرى له عملية جراحية، فان الالتزام فى هذه الحالة لا يكون معلقا على شرط، بل يكون منجزا، لأن قيام الجراح باجراء العملية هو محل التزام الجراح الذى لا يتصور وجود الالتزام بدونه.

١٥٣- آثار الشرط:

اذا كان الالتزام معلقا على شرط فان حكمه يختلف فى الفترة السابقة على تحقق هذا الشرط وهى فترة التعليق عن حكمة بعد تحقق الشرط وندرس هاتين المرحلتين فيما يلى:

أ- الفترة السابقة على تحقق الشرط: وفى هذه الفترة تجب التفرقة بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ.

١- حكم الالتزام قبل تحقق الشرط الواقف: تنص المادة ٢٦٨ على

أنه «اذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف، فلا يكون نافذاً الا اذا تحقق الشرط. أما قبل تحقق الشرط، فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهرى ولا للتنفيذ الاختيارى. على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الاجراءات، ما يحافظ به على حقه».

ويتضح من هذا النص أن الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام موجود قبل تحقق الشرط، ولكنه غير بات وغير نافذ. أما كونه موجود فيترتب عليه اعتباره عنصرا ايجابيا فى ذمة الدائن يجوز له أن يتصرف فيه إلى الغير كما ينتقل إلى ورثته بالميراث. وكذلك يجوز للدائن أن يتخذ الاجراءات اللازمة للمحافظة على حقه، وهى ما يسمى بالاجراءات التحفظية كوضع الأختام وفرض الحراسة.. الخ.(٤)

ومع ذلك فان هذا الالتزام لا يكون باتا قبل تحقق الشرط اذ لا يعرف ما اذا كان الشرط سيتحقق أم لا. ويترتب على ذلك أن هذا الالتزام يكون غير نافذ أيضا فلا هو يقبل التنفيذ القهرى عن طريق بيع أموال المدين بالمزاد العلنى، ولا هو يقبل التنفيذ الاختيارى من جانب المدين. واذا قام المدين بوفائه اختيارا معتقدا أنه غير معلق على شرط جاز له استرداد ما وفاه طبقا لقواعد استرداد ما دفع بغير حق.

٢- حكم الالتزام قبل تحقق الشرط الفاسخ: اذا كان الالتزام معلقا على شرط فاسخ، فانه يعتبر مع ذلك موجود ونافذ قبل تحقق الشرط. فيجوز للدائن أن يطلب تنفيذه جبرا على المدين. واذا قام المدين بوفاء التزامه اختيارا فانه لا يستطيع استرداد ما وفاه. ومع ذلك فان الالتزام

---

(٤) نص المادة ١/٢٦٨ مدني، علي انه «... تجوز الكفالة في الدين الشرطي»، راجع كتابنا في التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٢٢، ص٤٧ وما بعدها.

مع وجوده ونفاذه يكون مهددا بالزوال. فهو يزول اذا تحقق الشرط، وفى هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يطالب بتنفيذه اذا لم يكن قد نفذ، ويتعين عليه أن يرد للمدين ما استوفاه منه اذا كان الالتزام قد سبق تنفيذه فعلا.

ب- الفترة التالية على تحقق الشرط أو تخلفه: وتختلف أحكام هذه الفترة أيضا بحسب ما اذا كان الشرط واقفا أو فاسخا.

١- تحقق الشرط الواقف أو تخلفه: اذا تحقق الشرط الواقف فان ذلك يجعل الالتزام باتا نافذا. فيصبح من حق الدائن أن يطالب بتنفيذه جبرا على المدين، كما يصح التنفيذ الاختيارى من جانب المدين. وتترتب آثار الالتزام فى هذه الحالة من وقت نشأته وليس من وقت تحقق الشرط.[٥] ويعبر عن ذلك بفكرة الأثر الرجعى للشرط. فاذا كان الدائن قد تصرف فى حقه قبل تحقق الشرط فان تصرفه يعتبر نافذا من وقت حدوثه وليس من وقت تحقق الشرط، وقد نص المشرع على الأثر الرجعى للشرط، وهو نص ينطبق على الشرط الواقف كما ينطبق على الشرط الفاسخ، فى المادة ٢٧٠ التى تقرر انه «(١) اذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام، الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله، انما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط. (٢) ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعى، اذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه». ويتضح من هذا النص أن الأصل هو نفاذ الالتزام بأثر رجعى من وقت

(٥) تنص المادة ١٠٤٠ مدني على أنه «يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط». راجع كتابنا في التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٧٣، ص١٦٦.

نشأته، ولكن ترد على هذا الأصل بعض الاستثناءات وهى: ١- أن يتفق المتعاقدان على أن يبدأ نفاذ الالتزام من وقت تحقق الشرط ولا يرجع إلى وقت نشأة الالتزام. فالشرط وليد الارادة ومن ثم يجوز للارادة أن تتحكم فى آثاره. ٢- اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن قبل تحقق الشرط لسبب أجنبى لايد للمدين فيه، كما لو هلك الشئ محل الالتزام. فان الالتزام ينقضى فى هذه الحالة ولا يكون له أثر لا من وقت نشأته ولا من وقت تحقق الشرط. ٣- اذا كانت طبيعة الالتزام تتنافى مع الأثر الرجعى للشرط.

أما اذا تخلف الشرط الواقف أى تأكد عدم امكان تحققه فان الالتزام يعتبر كأن لم يكن ولا يكون له أى أثر منذ نشأته واذا كان قد نفذ قبل ذلك فيجوز استرداد ما تم الوفاء به بغير حق.

٢- تحقق الشرط الفاسخ أو تخلفه: تنص المادة ٢٦٩ مدنى على أنه «يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه، فاذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض. (٢) على أن أعمال الادارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط». وطبقا لهذا النص فان تحقق الشرط الفاسخ يترتب عليه زوال الالتزام بأثر رجعى، فيصبح الالتزام كأن لم يكن ويتعين على الدائن اذا كان قد استوفى حقه أن يرد ما استوفاه بعد أن زال هذا الحق. أما اذا أصبح الرد مستحيلا لسبب هو مسئول عنه فانه يلتزم بالتعويض.[٦] ومع ذلك لا يكون لزوال الالتزام أثر رجعى خلافا للأصل

---

(٦) سليمان مرقس، جـ٢، فقرة ٧٥٤، ص٧٤٢؛ عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ٩٥٧، ص٩٥٧

فى الحالات الاستثنائية السابق ذكرها بصدد الشرط الواقف وهى: ١- اذا اتفق المتعاقدان على أن الالتزام يزول من وقت تحقق الشرط فقط مع الاعتداد بآثاره السابقة. ٢- إذا أصبح اعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد مستحيلا لسبب أجنبى لا يد للدائن فيه. فاذا كان البيع معلقا على شرط فاسخ وتسلم المشترى الشئ المبيع، ثم هلك الشئ فى يده لسبب أجنبى كقوة قاهرة، ثم تحقق بعد ذلك الشرط الفاسخ، فانه خلافا للأثر الرجعى لزوال العقد لا يلتزم المشترى برد الشئ الذى هلك أو حتى التعويض عن هلاكه. ٣- اذا كانت طبيعة الالتزام تتنافى مع الأثر الرجعى لزواله، وهو ما يتحقق بصفة خاصة فى عقود المدة، كعقد الايجار، فان تحقق الشرط الفاسخ الذى علق عليه العقد، يؤدى إلى انهائه بالنسبة للمستقبل فقط، دون زواله بالنسبة للماضى، لأنه لا يمكن محو الزمن وما تحقق من تنفيذ العقد. ٤- وأخيرا فانه لا يترتب على زوال الالتزام بأثر رجعى أن تزول أعمال الادارة التى قام بها الدائن فى الفترة السابقة على تحقق الشرط. فاذا اشترى شخص عقارا بمقتضى عقد معلق على شرط فاسخ، وقام بتأجير العقار قبل تحقق الشرط، فانه اذا تحقق الشرط بعد ذلك وزال العقد وعاد العقار إلى ملكية البائع، فان الايجار الصادر من المشترى فى الفترة السابقة على زوال البيع يظل مع ذلك نافذا، وذلك لعدم خطورة أعمال الادارة من ناحية وللعمل على استقرار المعاملات من ناحية أخرى.(٧) وننتقل الآن إلى دراسة الأجل.

---

(٧) راجع في الرهن الصادر من المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي، نص المادة ١٠٣٤ مدني التي تقرر بقاء الرهن الصادر من المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي بشروط خاصة حماية للدائن المرتهن وهو ما يعني أن المشرع قد حد من الأثر الرجعي لزوال الملكية. راجع كتابنا في التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٧٧، ص١٧٨ وما بعدها. ونقرأ في هذا الكتاب ما يأتي: «وإذا راعينا الحماية المقررة في قانون الشهر العقاري كفت المادة ١٠٣٤ من القانون المدني عن أن تكون استثناء من القواعد العامة، لتصبح تطبيقا لقاعدة عامة جديدة مقتضاها يحد المشرع من الأثر الرجعي لزوال الملكية بما لا يؤثر في حقوق الغير حسن النية».

المبحث الثاني
الأجل

١٥٤- تعريف الأجل ومقوماته:

تنص المادة ٢٧١ مدنى على أنه: «(١) يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع. (٢) ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه».

ويتضح من هذا النص أن الأجل كالشرط هو أمر مستقبل. ولكنه يختلف عنه في صفة جوهرية وهى أنه محقق الوقوع على خلاف الشرط الذى يتميز اساسا بفكرة الاحتمال وعدم اليقين فى شأن وقوعه أو عدم وقوعه.

١- فأول مقومات الأجل أنه أمر مستقبل، وهو عادة يكون ميعادا يحدد للوفاء بالالتزام أو لانقضائه، كأن يحدد ميعاد للوفاء بمبلغ القرض أو لدفع دين الثمن. والأجل قد يكون محددا باليوم والساعة، وقد يكون محددا بموسم من المواسم كالحصاد أو جنى القطن، أو عودة الحجاج..الخ. ويجوز كذلك أن يحدد الأجل بموت شخص من الأشخاص.

٢- وأهم مقومات الأجل أنه حدث محقق الوقوع، وهذه هى الصفة الجوهرية فيه التى تميزه عن الشرط كما سبق أن ذكرنا، ولا يشترط أن يكون ميعاد تحقق الأجل معلوما قبل وقوعه كيوم من أيام الشهر والسنة. بل يكفى أن يكون الأمر الذى أضيف اليه الالتزام محقق الوقوع ولو لم يكن تاريخ وقوعه معلوما حتى يعتبر ضربا من الأجل. والمثل

البارز على ذلك هو الموت فهو واقع لا محالة بالنسبة لكل شخص وان كان لا يمكن تحديد ميعاده قبل وقوعه. فاذا التزمت شركة تأمين بدفع مبلغ التأمين عند وفاة المؤمن عليه فان التزامها يكون معلقا على أجل واقف، واذا التزم شخص بدفع ايراد مرتب مدى الحياة لشخص آخر، فان التزام الشخص الأول يكون معلقا على أجل فاسخ هو وفاة الشخص الثانى صاحب الحق فى الايراد المرتب مدى الحياة.

٣- ومن مقومات الأجل كذلك، وفى هذا يتفق مع الشرط ومع سائر أوصاف الالتزام، أنه أمر عارض فى الالتزام، من المتصور أن يقوم الالتزام بدونه.(٨) ولذلك لا يجوز اعتبار أى عنصر أساسى فى الالتزام، أجلا له. فالزمن مثلا عنصر أساسى فى عقد الايجار لأن الانتفاع بالشئ المؤجر يتحقق شيئا فشيئا، فهو لا يتصور الا ممتدا فى الزمان، ولذلك لا يتصور عقد الايجار بغير امتداده فى الزمان. وبالتالى فان مدة الانتفاع فى عقد الايجار لا يمكن اعتبارها أجلا للالتزامات الناشئة عن هذا العقد. وذلك على خلاف عقد البيع الذى يعتبر تأجيل دفع الثمن فيه

(٨) والفترة الزمنية لتنفيذ الالتزام، ليست هي الأجل الذي يوصف به الالتزام أحيانا، وانما هي فكرة مستقلة تتصل بطبيعة الالتزام في صورته البسيطة في كثير من الاحيان. فكل التزام بعمل أو بالامتناع عن عمل هو التزام وارد علي شئ مستقبل ولابد فيه من فترة زمنية حتي يمكن تنفيذه. والالتزام باعطاء شئ مستقبل معين بالذات لابد فيه من فترة زمنية حتي يتحقق الشئ ويمكن تنفيذ الالتزام. أما الاشياء المعينة بنوعها فهي لا يمكن أن توصف بأنها أشياء مستقبلة، فكما أن المثليات لا تهلك أبدا فهي أيضا لا تتحقق في المستقبل أبدا، بل هي موجودة دائما ي الحاضر. ومع ذلك فان نقل ملكيتها يحتاج إلي فترة من الزمن للقيام بافرازها. وفي كل هذه الحالات - وهي تشمل الجانب الأكبر من المعاملات - يكون الزمن فيها لازما لتنفيذ الالتزام لزوما مرتبطا بطبيعته البسيطة غير الموصوفة. راجع في هذا الموضوع بحثنا في رهن المال المستقبل. المجلة الفصلية للقانون المدني . باريس، ١٩٧٠، ص٤٥٥.

أمرا عارضا يجوز أن يكون أو لا يكون. ولذلك فان تحديد ميعاد لاحق للوفاء بثمن البيع يعتبر أجلا واقفا لالتزام المشترى بدفع الثمن.

١٥٥- أنواع الأجل:

الأجل اما أن يكون واقفا أو فاسخا. والأجل الواقف هو الذى يترتب على حدوثه نفاذ الالتزام. أما الأجل الفاسخ فهو الذى يترتب على حدوثه انقضاء الالتزام. ومن أمثلة الأجل الواقف تحديد ميعاد لدفع ثمن البيع أو لرد مبلغ القرض أو لرد الشئ المستعار أو الشئ المودع.. الخ، ومن أمثلة الأجل الفاسخ انقضاء الالتزام بدفع ايراد مرتب مدى الحياة بوفاة الشخص الذى حددت حياته كنهاية للالتزام بدفع الايراد المرتب. ويعتبر كذلك انتهاء عقد الايجار بانتهاء مدته، وانتهاء عقد العمل بانتهاء مدته. والأجل الفاسخ لا يمكن اعتباره وصفا من أوصاف الالتزام الا على سبيل التجوز، لأنه لا يوجد عادة الا فى العقود الزمنية. والزمن فى هذه العقود عنصر جوهرى وليس عنصرا عارضا فيها، ومع ذلك فقد جرى العمل على اعتبار الاجل الفاسخ من أوصاف الالتزام، ويرى الدكتور السنهورى[٩] أنه لا مانع من اطلاق تعبير «الأجل الفاسخ» على المدة فى العقود الزمنية، فى شئ من التجوز، فان الأحكام لا تتغير سواء اعتبر الأجل الفاسخ فى العقود الزمنية أصلا أو اعتبر وصفا.

١٥٦- مصادر الأجل:

الأجل يلحق الالتزام باتفاق المتعاقدين أو بنص القانون أو بحكم القاضى. والغالب أن يكون الاتفاق هو مصدر الأجل فيتفق المتعاقدان

---

(٩) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ٩٦٤، ص٩٦٤.

على ميعاد لدفع الثمن أو رد مبلغ القرض أو تسليم الشئ محل العقد.. الخ. ولكن من الجائز كذلك أن يتولى القانون تحديد الأجل. ومن هذا القبيل نص المادة ١/٧٤١ مدنى الذى حدد أجل الايراد المرتب مدى الحياة بموت الشخص الذى يتفق على أن يمنح الايراد مدى حياته. ومن هذا القبيل أن يصدر تشريع فى أوقات الأزمات والحروب بتأجيل الديون بالنسبة لبعض الطوائف أو بالنسبة لبعض المناطق بحسب الأحوال. وقد يتحدد الأجل بحكم القاضى، ومن هذا القبيل نظرة الميسرة، وهى أجل قضائى[١٠] نصت عليه المادة ٣٤٦ مدنى التى تقرر أنه «(١) يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك. (٢) على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية، اذا لم يمنعه نص فى القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم». ونظرة الميسرة هى أجل واقف، قرره القاضى مراعاة لظروف المدين فى وقت كان الالتزام فيه واجب التنفيذ فورا، ويترتب عليه تأجيل تنفيذ الالتزام. وسندرس نظرة الميسرة عند دراستنا للوفاء بالالتزام.

١٥٧- آثار الأجل الواقف:

فى تحديد آثار الأجل ينبغى التمييز بين مرحلتين، الأولى قبل حلول الأجل والثانية بعد حلوله.

---

(١٠) الحاق وصف الالتزام بمقتضى السلطة التقديرية للقاضي، يؤدي إلي تجديد الالتزام، وانشاء التزام جديد مصدره حكم القاضي. راجع كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ٢٩٩ صفحة ٤٨٢ وما بعدها.

آثار الأجل الواقف قبل حلوله: تنص المادة ١/٢٧٤ مدنى على أنه «اذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف، فانه لا يكون نافذا الا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجل، على أنه يجوز للدائن، حتى قبل انقضاء الأجل، أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه، وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين اذا خشى افلاس المدين أو اعساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول». ويتضح من هذا النص أن الالتزام قبل تحقق الأجل يكون موجودا وباتا ولكنه غير نافذ.

أ- فالالتزام موجود وقائم قبل حلول الأجل وفى هذا يتفق الأجل الواقف مع الشرط الواقف. ويترتب على ذلك أنه يجوز للدائن أن يتصرف فى حقه بنقله إلى الغير، كما أن حقه ينتقل بالميراث إلى ورثته باعتباره عنصرا ايجابيا فى ذمته.

ب- والالتزام المضاف إلى أجل واقف هو التزام بات وفى هذا يختلف الأجل الواقف عن الشرط الواقف.[١١] والسبب فى هذا الاختلاف هو أن الأجل أمر مستقبل محقق الوقوع ويؤدى ذلك إلى نفى أى احتمال بالنسبة لوجود الالتزام ذاته. أما الشرط وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع فانه يطبع الالتزام بطابع عدم الاستقرار، فلا يكون الالتزام المعلق على شرط باتا، بينما يكون الالتزام المضاف إلى أجل باتا، لأن الأجل آت لا ريب فيه. ويترتب على صفة البت فى الالتزام المؤجل ما يأتى:

١- يجوز للدائن أن يطالب بتأمين خاصة ككفالة أو رهن[١٢]، اذا

---

(١١) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ٩٧١، ص٩٧١ وما بعدها؛ سليمان مرقس، جـ٢، فقرة ٧٥٩، ص٧٤٧ وما بعدها.

(١٢) راجع المادتين ١/٧٧٨ و١٠٤٠ مدني، حيث يقرر المشرع جواز كفالة ورهن الدين المستقبل.

خشى افلاس المدين أو اعساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول. ٢-أما اذا شهر افلاس المدين فعلا أو اعساره وفقا لنصوص القانون فان الأجل يسقط ويصبح الالتزام نافذا. ٣- ويسقط الأجل كذلك اذا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص كما لو قام المدين بأعمال أدت إلى هلاك الشئ المرهون. ٤- ويسقط الأجل كذلك اذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات. وفى كل الحالات التى يسقط فيها الأجل يصبح الالتزام نافذا كما سنرى.[١٣]

جـ- ولكن الالتزام قبل حلول الأجل أو قبل سقوطه لسبب من الأسباب السابق ذكرها، لا يكون نافذا. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للدائن أن ينفذ التزامه تنفيذا قهريا قبل حلول الأجل، ومن ناحية أخرى فانه اذا قام المدين بوفاء التزامه وفاء اختياريا قبل حلول أجله، وكان يعتقد أن الأجل قد حل فانه يكون قد دفع غير المستحق ويجوز له استرداد ما وفاه. ولكن يجوز للدائن فى هذه الحالة أن يرد فقط ما استفاده من الوفاء المعجل ويكون ذلك عادة اذا كان الدين نقودا، هو مقدار الفائدة بالسعر القانونى أو الاتفاقى عن المدة التى عجل فيها الوفاء. أما اذا وفى المدين بدينه قبل حلول الأجل وهو عالم بذلك فانه يكون متنازلا عن الأجل. والتنازل سبب من أسباب حلول الأجل.[١٤]

---

(١٣) تنص المادة ٢٧٣ مدني علي أن «يسقط حق المدين في الأجل: (١) إذا شهر إفلاسه أو اعساره وفقا لنصوص القانون. (٢) اذا أضعف بفعله إلي حد كبير ما أعطي للدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق أو بمقتضي القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما اذا كان إضعاف التأمين يرجع إلي سبب لا دخل لاراده المدين فيه، فان الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا. (٣) إذا لم يقدم الدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات».

(١٤) راجع في الوفاء بدين مؤجل قبل أن يحل أجله، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ٢٢٩ صفحة ٣٣٠ وما بعدها.

آثار الأجل الواقف بعد حلوله: يحل الأجل اما بانقضاء مدته، أو بسقوطه لسبب من الأسباب السابق ذكرها، أو لتنازل المدين عنه باختياره. ويترتب على حلول الأجل أن الالتزام يصبح نافذا وبالتالى يجوز للدائن أن يجبر مدينه على الوفاء بالتزامه مستعينا فى ذلك بوسائل التنفيذ القهرى، وكذلك يصح الوفاء الاختيارى من جانب المدين. وليس لحلول الأجل أثر رجعى، فالالتزام لا يصبح نافذا الا من وقت حلول الأجل وليس من وقت نشأة الالتزام كما هو الحكم فى الشرط الواقف.

١٥٨- آثار الأجل الفاسخ:

وينبغى هنا أيضا التمييز بين مرحلتين الأولى قبل حلول الأجل، والثانية بعد حلوله.

آثار الأجل الفاسخ قبل حلوله: الالتزام المضاف إلى أجل فاسخ هو التزام موجود ونافذ. فيجوز التصرف فيه إلى الغير، وهو ينتقل بالميراث. ويجوز للدائن أن يقتضيه جبرا على المدين، كما يجب على المدين أن يوفى به طوعا واختيارا.

ولكن الالتزام رغم نفاذه فهو مؤكد الزوال، فاذا كان الشرط الفاسخ يجعل الالتزام مهددا بالزوال، لأن الشرط قد يحدث وقد لا يحدث، فان الأجل الفاسخ يجعل الالتزام مؤكد الزوال لأن الأجل قادم لا شك فيه. ويترتب على حلول الأجل الفاسخ زوال الالتزام.

آثار الأجل الفاسخ بعد حلوله: تنص المادة ٢/٢٧٤ مدنى على أنه «ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعى». وزوال الالتزام هو الأثر المقصود من الأجل

الفاسخ، فهو كما يدل عليه اسمه يفسخ الالتزام أى يزيله. ولكن الالتزام لا يزول بأثر رجعى، بل يزول من وقت تحقق الأجل، أما الآثار التى ترتبت فى الفترة التى كان الالتزام قائما فيها وموجودا، فهى تظل قائمة لا يلحقها أى مساس، ولكن من ناحية أخرى فان الالتزام يكف عن ترتيب أى أثر بعد زواله.(١٥)

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة الشرط والأجل وهما وصفان يلحقان بالالتزام فى الرابطة الملزمة ذاتها. والشرط والأجل يتفقان فى أن كلا منهما أمر مستقبل وأن أيا منهما قد يكون واقفا أو فاسخا. ولكنهما يختلفان بصفة أساسية فى أن الشرط أمر غير محقق الوقوع بينما الأجل أمر محقق الوقوع. وتترتب على هذا الفارق الجوهرى كل الفروق الأخرى فى الأحكام السابق دراستها. فالشرط الواقف قبل تحققه يجعل الالتزام موجودا ولكنه غير بات وغير نافذ أما الأجل الواقف فهو يجعل الالتزام موجودا وباتا ولكنه غير نافذ. والشرط الواقف بعد تحققه يجعل الالتزام نافذا من وقت نشأة الالتزام. أما الأجل الواقف بعد حلوله فهو يجعل الالتزام نافذا من وقت حلوله فقط بغير أثر رجعى. والشرط الفاسخ قبل تحققه يجعل الالتزام موجودا ونافذا ولكنه مهدد بالزوال، فاذا تحقق زال الالتزام بأثر رجعى، أما الأجل الفاسخ فهو قبل حلوله يجعل الالتزام موجودا ونافذا ولكنه مؤكد الزوال. فاذا حل الأجل زال الالتزام من وقت تحققه وبغير أثر رجعى.

وننتقل إلى دراسة الأوصاف التى قد تلحق الالتزام فى محله فتجعله متعددا.

---

(١٥) يقول الأستاذان مارتي ورينو. أن الأجل الفاسخ أقرب أن يكون سببا من أسباب انقضاء الالتزام، من أن يكون وصفا من أوصافه، القانون المدني، جـ٢، فقرة ٧٢٧، ص٧٤٦.

الفصل الثانى
تعدد محل الالتزام

اذا تعدد محل الالتزام بأن التزم المدين مثلا بدفع مبلغ من النقود وتمكين الدائن فى نفس الوقت من الانتفاع بعين يملكها، فان ذلك لا يترتب عليه أى أثر قانونى خاص. ولكن الآثار القانونية الخاصة تترتب على تعدد المحل فى حالتى الالتزام التخييرى، والالتزام البدلى.

١- الالتزام التخييري

١٥٩- تعريف:

تنص المادة ٢٧٥ على أنه: «يكون الالتزام تخييريا اذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة اذا أدى واحداً منها، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك». ويتضح من هذا النص أن الالتزام التخييرى هو الالتزام الذى يكون محله متعددا ومع ذلك لا يطلب من المدين أن يفى بكل الأشياء المتعددة فى مجموعها، بل تبرأ ذمته بالوفاء بواحد منها فقط.

والأصل أن يكون الخيار للمدين فهو الذى يحدد المحل الذى يوفى به. فاذا اختار شيئا من الأشياء المتعددة انحصر محل الالتزام فى هذا الشئ. ومع ذلك من الجائز أن يتفق المتعاقدان أو أن ينص القانون على أن يكون الخيار للدائن لا للمدين.[١٦]

---

(١٦) التنفيذ بمقابل، أي بطريق التعويض، سواء كان قضائيا أو اتفاقيا (الشرط الجزائي)، هو عنصر المسئولية في الالتزام، وليس تعددا تخييرا أو بدليا في محله.

ويشترط حتى يوصف الالتزام بالتخيير أن يصلح كل شئ من الأشياء المتعددة محلا للالتزام طبقا للقواعد العامة، فاذا لم تتوافر شروط المحل وهى الامكان والتعيين والمشروعية الا فى شئ واحد من هذه الأشياء، فان الالتزام يكون بسيطا لا تخييريا.

١٦٠- حكم الالتزام التخييري:

حكم الالتزام التخييرى أن ذمة المدين تبرأ بالوفاء بشئ واحد من الأشياء المتعددة. واذا كان الخيار للمدين فى تحديد هذا الشئ فعليه أن يقوم بذلك وأن يؤدى الشئ الذى اختاره فى الأجل المحدد للالتزام. فاذا امتنع المدين عن الاختيار أو اذا تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم، فللدائن أن يطلب إلى القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فاذا لم يتم ذلك عند حلول الأجل، فان القاضى هو الذى يقوم بالاختيار. أما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، فللمدين أن يطلب إلى القاضى تعيين أجل يختار فيه الدائن أو يتفق فيه الدائنون فاذا لم يتم ذلك عند حلول الأجل فان الخيار لا ينتقل إلى القاضى كما هو الحكم فى الحالة السابقة، ولكنه ينتقل إلى المدين رجوعا إلى الأصل وهو أن الخيار للمدين (م٢٧٦ مدنى).

واذا استحال تنفيذ الالتزام بالنسبة لكل الأشياء المتعددة لسبب أجنبى عن المدين، فان الالتزام ينقضى، ولكن اذا كان المدين مسئولا عن استحالة التنفيذ ولو بالنسبة لواحد فقط من الأشياء المتعددة، وكان له الخيار فى نفس الوقت فانه يلتزم بدفع قيمة آخر شئ استحال تنفيذه، لأن الالتزام يتركز فى آخر شئ هلك، ويكون المدين

مسئولا عن قيمة هذا الشئ، ولو كان خطؤه قد أدى إلى هلاك شئ هلك أولا (م٢٧٧).[١٧]

٢- الالتزام البدلي

١٦١- تعريف الالتزام البدلي وأحكامه:

تنص المادة ٢٧٨ على أنه «(١) يكون الالتزام بدليا اذا لم يشمل محله الا شيئا واحدا، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلا منه شيئا آخر. (٢) الشئ الذى يشمله محل الالتزام - لا البديل الذى تبرأ ذمة المدين بأدائه - هو وحده محل الالتزام وهو الذى يعين طبيعته». ويتضح من هذا النص ما يأتى:

١- الالتزام البدلى له أكثر من محل، ولكن أحدها فقط هو المحل الأصلى أما الآخر فهو محل بدلى، على خلاف الالتزام التخييرى الذى لا يوجد فيه محل أصلى وآخر بدلى، بل تتساوى كل الأشياء المتعددة فى القيمة إلى أن يتحدد محل الالتزام بواحد منها باختيار صاحب الحق فى الخيار أو بهلاك الأشياء الأخرى.[١٨]

٢- ويترتب على ما سبق أنه اذا هلك المحل الأصلى فى الالتزام البدلى فان الالتزام ينقضى، وعلى خلاف ذلك اذا هلك أحد الأشياء

---

(١٧) واذا هلك أحد الشيئين بسبب أجنبي، تركز المحل في الشئ الآخر أما إذا كان هلاك أحد الشيئين بخطأ المدين، فللدائن أن يطالب بالشئ الباقي، أو أن يطلب التعويض عن الشئ الذي هلك.

(١٨) الالتزام التخييرى يطلق عليه بالفرنسية اسم ALTERNATIVE أما البدلي فيطلق عليه اسم FACULTATIVE.

المتعددة في الالتزام التخييري فان الالتزام لا ينقضى بل ينصرف إلى الأشياء الباقية.

٣- صاحب الحق في اختيار الوفاء بالمحل الأصلى أو المحل البدلى، هو المدين، وقد سبق أن رأينا أنه في الالتزام التخييرى يجوز أن يكون الخيار للدائن، وان كان هو بحسب الأصل للمدين.

٤- المحل الأصلى في الالتزام البدلى هو الذى يحدد طبيعته وما اذا كان متعلقا بعقار أو بمنقول ويحدد كذلك قيمته التى يتوقف عليها تحديد المحكمة المختصة. أما في الالتزام التخييرى فان طبيعته تكون غير محددة وكذلك قيمته، إلى أن ينحصر المحل في أحد الأشياء المتعددة.

ومن أمثلة الالتزام البدلى أن يلتزم المقترض برد مبلغ القرض في أجل معين، أو بنقل ملكية أرض معينة أو منزل معين بدلا من مبلغ النقود، فتكون النقود هى المحل الأصلى، والأرض أو المنزل هو المحل البدلى.(١٩)

وننتقل الآن إلى دراسة الوصف الذى قد يلحق الالتزام في طرفيه.

---

(١٩) اختيار المحل التخييري أو البدلي، لا يعني تغيير محل الالتزام، ولا يثير بالتالي مسألة تجديد الالتزام بتغيير محله.

الفصل الثالث
تعدد طرفى الالتزام

١٦٢- تعدد طرفى الالتزام بغير تضامن:

قد يتعدد الدائنون فى الالتزام أو يتعدد المدينون فيه دون أن يكون هناك تضامن بين الدائنين أو المدينين المتعددين. والتعدد على هذا النحو ينشأ بنص القانون أو بالاتفاق، فطبقا للقانون اذا توفى الدائن عن ورثة متعددين، فان حقه فى الدين ينتقل إلى هؤلاء الورثة كل بقدر نصيبه. فبعد أن كان هناك دائن واحد يصبح هناك أكثر من دائن. ولكن لا يوجد تضامن بين هؤلاء الدائنين المتعددين. واذا اشترى أكثر من شخص منزلا أو أرضا على الشيوع، فان كلا منهم يصبح مدينا بدين الثمن فى حدود حصته فى الشيوع. فهنا يتعدد المدينون ولكن لا يوجد تضامن بينهم.

واذا تعدد أطراف الالتزام أو طرفيه بغير تضامن بينهم، فان الالتزام ينقسم بين الأشخاص المتعددين. ويكون التزام كل منهم قائما بذاته مستقلا عن غيره. ويؤدى ذلك إلى تعدد الالتزامات واستقلالها. فلا نكون بصدد التزام واحد وأشخاص متعددين، بل بصدد التزامات متعددة لا يوجد فى أى منها تعدد فى أى طرف من أطرافها.[٢٠] وبالتالى فان التعدد بغير تضامن لا يعتبر وصفا من أوصاف الالتزام، بل يعتبر التزام كل شخص من الأشخاص المتعددين بسيطا بالنسبة له.

---

(٢٠) التضامن وليس التعدد هو الذي يعتبر وصفا للالتزام. ولكن التضامن لا يتصور وجوده بالطبع إلا في حالة التعدد.

وهكذا إذا تعدد الدائنون بغير تضامن بينهم فلا يجوز لأى منهم أن يطالب المدين بغير نصيبه فى الدين، ولا يجوز للمدين أن يوفى أى منهم بأكثر من نصيبه فى الدين. وكذلك فان الاجراءات التى يتخذها الدائن لوقف التقادم أو قطعه أو اعذار المدين أو مطالبته قضائيا لا يسرى أثرها الا بالنسبة للدائن الذى اتخذها وحده دون غيره من الدائنين المتعددين.

ومن ناحية أخرى اذا تعدد المدينون بغير تضامن بينهم، فلا يجوز للدائن أن يطالب أى منهم بأكثر من نصيبه فى الدين. واذا أعسر أحد المدينين غير المتضامنين فان الآخرين لا يتحملون نتائج هذا الاعسار بل يتحملها الدائن وحده. وكذلك اذا اتخذ الدائن اجراءات وقف التقادم أو قطعة أو اعذار المدين أو مطالبته قضائيا فان أثر هذه الاجراءات لا يسرى الا بالنسبة للمدين الذى اتخذت فى مواجهته.

أما اذا تعدد الدائنون وكانوا متضامنين فيما بينهم أو تعدد المدينون وكانوا متضامنين فيما بينهم، فان الالتزام لا ينقسم فى أى من الحالتين، بل يكون التزاما واحدا موصوفا بالتضامن بين الدائنين به أو المدينين فيه.[٢١] والتضامن وصف من أوصاف الالتزام. ويأخذ حكم التضامن أن يكون الالتزام غير قابل للانقسام بحسب طبيعته أو بحسب الغاية منه. وندرس فيما يلى فى مبحثين متتالين الالتزام التضامنى وعدم القابلية للانقسام.

---

(٢١) ومعنى ذلك بتعبير آخر، أن التضامن يؤدي إلي ادماج الالتزامات المتعددة في التزام واحد.

المبحث الأول
الالتزام التضامني

التضامن اما أن يكون بين الدائنين أو بين المدينين، أو بين كل منهم في نفس الوقت.

١- التضامن بين الدائنين

١٦٣- التضامن بين الدائنين لا يفترض بل لابد من الاتفاق عليه:

تنص المادة ٢٧٩ مدني على أنه «التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وانما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون». ومقتضى هذا النص أن مجرد التعدد بين الدائنين أو المدينين لا يؤدي إلى افتراض التضامن بينهم نظرا لخطورة الآثار التي تترتب عليه. والتضامن بين المدينين قد يتقرر بمقتضى نص القانون أو اتفاق المتعاقدين. أما التضامن بين الدائنين فانه لا يتقرر الا بمقتضى اتفاق المتعاقدين أو بمقتضى وصية ولا يكون القانون مصدرا له. والواقع أن التضامن بين الدائنين نادر في العمل لأنه كما يقال تربو مضاره على فوائده. ففوائده هي أن يتمكن الدائنون من تحصيل الدين عن طريق واحد منهم. وهذه الفائدة يمكن ادراكها عن طريق اعطاء توكيل لأحدهم مع امكان عزل هذا الوكيل في أي وقت.[٢٢] أما التضامن بين الدائنين فيؤدي إلى تمكين أي دائن من استيفاء كل الدين، ولا يكون لسائر الدائنين الا الحق في الرجوع على هذا الدائن، فاذا أعسر تحملوا كلهم

---

(٢٢) من أهم أمثلة التضامن بين الدائنين، أن يفتح أكثر من شخص واحد حسابا مشتركا لدى أحد البنوك، ويكون لكل واحد منهم حق السحب من هذا الحساب.

نتيجة الاعسار. وقد حاول المشرع التخفيف من هذه الآثار بالنص فى المادة ٢٨٠ على جواز اعتراض أى من الدائنين على أن يتم الوفاء لواحد منهم فقط. والمشرع بهذا النص يرد التضامن بين الدائنين إلى فكرة أقرب إلى الوكالة فى التحصيل كما سنرى.

والصور الغالبة للتضامن بين الدائنين تتحقق عندما يوجد تضامن بين المدينين وهو الأكثر شيوعا فى العمل، ثم ينقلب هؤلاء المدينون إلى دائنين بسبب ظروف تنفيذ العقد. مثال ذلك أن يتعدد الواهبون فى عقد هبه والواهبون هم المدينون باعطاء الهبة، فاذا حدث سبب يبرر الرجوع فى الهبة وأراد الواهبون المتضامنون أن يستردوا الهبة فانهم يكونون فى هذه الحالة دائنين متضامنين فى دعوى الرجوع فى الهبة. وقد ينشأ التضامن بين الدائنين ابتداء كما لو أوصى شخص لعدة أشخاص بمال فى تركة ونص فى الوصية على أن يكون هؤلاء الأشخاص متضامنين فى المطالبة بحقهم فى التركة.

١٦٤- تعدد الروابط ووحدة الالتزام:

اذا تعدد الدائنون وكانوا متضامنين فيما بينهم فان الالتزام لا ينقسم بل يكون التزاما واحدا، ومع ذلك فتوجد أكثر من رابطة فى هذا الالتزام بعدد الدائنين المتضامنين.

وأهم النتائج التى تترتب على وحدة الدين أو وحدة الالتزام، هى حق أى من الدائنين المتضامنين فى أن يطالب بكل الدين. كما أن الوفاء الذى يقوم به المدين لأحد الدائنين يكون مبرئا لذمته فى مواجهة الآخرين. ولكن وحدة الدين لا تمنع تعدد الروابط فى الالتزام فلكل دائن رابطة

خاصة تربطه بالمدين. ويترتب على تعدد الروابط: ١- من الجائز أن تكون علاقة أحد الدائنين بالمدين صحيحة وأن تكون علاقة دائن آخر موصوفة كما لو كان حقه معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل. ٢- من الجائز أن تكون علاقة أحد الدائنين بالمدين صحيحة وأن تكون علاقة دائن آخر مشوبة بعيب من عيوب الارادة أو نقص الأهلية. ٣- ومن الجائز أخيرا أن ينقضى الالتزام بالنسبة لأحد الدائنين ولا ينقضى بالنسبة لغيره منهم.

والواقع أن آثار التضامن بين الدائنين لا تعدو أن تكون توفيقا بين وحدة الدين وتعدد الروابط. وتخضع هذه الآثار لفكرة جوهرية مؤداها أن هناك نيابة تبادلية بين الدائنين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر.[٢٣] وتظهر هذه النيابة فى الوفاء بالدين لأحد الدائنين وانقضاء الدين بسبب غير الوفاء، وبعض الآثار الأخرى.

١٦٥- الوفاء بالدين لأحد الدائنين:

تنص المادة ٢٨١ مدنى على أنه «(١) يجوز للدائنين المتضامنين، مجتمعين أو منفردين، مطالبة المدين بالوفاء، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين. (٢) ولا يجوز للمدين اذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن، وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا».

والفائدة الأساسية للتضامن بين الدائنين هو أن يتمكن أحد

---

(٢٣) مارتي ورينو، جـ٢، فقرة ٧٧٩، ص٧٨٢.

الدائنين من استيفاء الدين كله لحسابه ولحساب الآخرين، وأن يتمكن المدين من الوفاء بالدين كله لأحد الدائنين دون حاجة إلى السعى اليهم جميعا.

واذا رجع أحد الدائنين فانه يرجع باعتباره أصيلا عن نفسه ونائبا عن الدائنين الآخرين. ونظرا لأن النيابة فيما ينفع لا فيما يضر، فقد أجاز المشرع لأى من الدائنين أن يعترض على أن يتم الوفاء لواحد منهم فقط. وفى هذا تنص المادة ١/٢٨٠ على أنه «اذا كان التضامن بين الدائنين، جاز للمدين أن يوفى الدين لأى منهم، الا اذا مانع أحدهم فى ذلك». وحتى يعتد بالاعتراض الصادر من أحد الدائنين فيجب أن يتم فى الوقت المناسب وقبل أن يتم الوفاء فعلا. ويجب أن يكون هذا الاعتراض ثابتا طبقا للقواعد العامة فى الاثبات. واذا اعترض أحد الدائنين على أن يتم الوفاء لغيره منهم، فانه يصح مع ذلك الوفاء لأى دائن متضامن باستثناء حصة الدائن المعترض.(٢٤)

واذا كان من شأن التضامن عدم انقسام الدين بين الدائنين، الا أنه لا يمنع انقسام الدين بين ورثة أى واحد منهم. وفى هذا تنص المادة ٢/٢٨٠ «ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين، الا اذا كان الدين غير قابل للانقسام». وطبقا لهذا النص اذا توفى أحد الدائنين عن ثلاثة ورثة ذوى أنصبة متساوية فان الالتزام ينقسم بين هؤلاء الورثة ولا يجوز الوفاء لأى منهم الا بثلث

---

(٢٤) يلاحظ الأستاذان مارتي ورينو، أن ندرة التضامن بين الدائنين هي السبب في أن القضاء لم تتح له الفرصة في اصدار أحكام في المسائل النظرية التي يختلف فيها الفقه .. المرجع السابق، ص٧٨٣.

الدين، مع بقاء الدين واحدا بالنسبة للدائنين الباقين على قيد الحياة حيث يجوز الوفاء لأى منهم بكل الدين.

واذا رجع أحد الدائنين على المدين فيجوز لهذا الأخير أن يتمسك فى مواجهة الدائن بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن والناشئة عن الرابطة الخاصة التى تربطه بالمدين وذلك طبقا لفكرة تعدد الروابط السابق الاشارة اليها.

فاذا كان الالتزام فى مواجهة هذا الدائن قابلا للابطال بسبب عيب فى ارادة المدين كغلط أو اكراه أو تدليس، فيجوز التمسك بهذا الدفع فى مواجهة الدائن الذى يسرى الدفع فى مواجهته. واذا كان الالتزام بالنسبة لهذا الدائن معلقا على شرط واقف أو مضافا إلى أجل فلا يجوز له المطالبة بالدين قبل تحقق الشرط أو حلول الأجل، ولو كان الالتزام منجزا بالنسبة للدائنين الآخرين.

ويجوز للمدين كذلك أن يتمسك فى مواجهة أى دائن بأوجه الدفع المشتركة بين جميع الدائنين. مثال ذلك أن يكون المدين قد سبق له الوفاء بكل الدين لواحد من الدائنين. فاذا رجع عليه بعد ذلك واحد آخر فان المدين يتمسك فى مواجهته ببراءة ذمته بالنسبة لجميع الدائنين بالوفاء الذى أداه لواحد منهم.

١٦٦- انقضاء الدين لسبب غير الوفاء:

تنص المادة ١/٢٨٢ على أنه «اذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين الا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله».

وطبقا للقواعد العامة فان الالتزام ينقضى لأسباب أخرى غير الوفاء كالمقاصة والابراء والتقادم.. الخ، والأسباب الأخرى غير الوفاء لا يمكن أن تعود بالفائدة على الدائنين الآخرين غير الدائن الذى تحقق سبب الانقضاء بالنسبة له.(٢٥) ونظرا لأن الدائن لا يعتبر نائبا عن غيره من الدائنين الا فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم ، فانه لا يتصور بالتالى أن يكون الدائن نائبا عن غيره من الدائنين فى أسباب الانقضاء الأخرى غير الوفاء. فهو فيما يتعلق بهذه الأسباب يكون أصيلا عن نفسه فقط. ولهذا اذا انقضى الالتزام بالنسبة لأحد الدائنين المتضامنين لسبب آخر غير الوفاء فانه لا ينقضى بالنسبة لغيره من الدائنين الا فى حدود حصة هذا الدائن الذى انقضى التزام المدين فى مواجهته. وعلى هذا النحو اذا أصبح المدين دائنا فى نفس الوقت لأحد الدائنين المتضامنين وانقضى دين كل من المدين وهذا الدائن بالمقاصة، فان الالتزام لا ينقضى مع ذلك بالنسبة للدائنين الآخرين الا بقدر حصة الدائن الذى انقضى حقه بالمقاصة. واذا أبرأ أحد الدائنين المتضامنين، المدين من الدين، فان هذا الابراء لا يحتج به فى مواجهة الدائنين الآخرين الا فى حدود حصة الدائن الذى صدر منه الابراء.(٢٦) واذا تقادم الالتزام بالنسبة لأحد الدائنين المتضامنين ولم يكن قد تقادم بالنسبة لسائر الدائنين، فان الالتزام لا ينقضى بالنسبة لهؤلاء الا بقدر حصة الدائن الذى انقضى التزامه بالتقادم. وهكذا بالنسبة لكل الأسباب الأخرى لانقضاء الالتزام غير الوفاء، والتى سندرسها عند دراستنا لانقضاء الالتزام.

---

(٢٥) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ١٠١٤، ص١٠٠٨.

(٢٦) مارتي ورينو، جـ٢، فقرة ٧٧٩، ص٧٨٣.

١٦٧- نيابة تبادلية فيما ينفع لا فيما يضر:

تنص المادة ٢/٢٨٢ على أنه «ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه الاضرار بالدائنين الآخرين». وهذا النص يقرر المبدأ السابق ذكره. وهو أن كل دائن متضامن يعتبر وكيلا أو نائبا عن الدائنين الآخرين. ولكن هذه الوكالة قاصرة على ما هو نافع لهم، فهى وكالة فيما ينفع لا فيما يضر. وقد رأينا تطبيقات هذه الفكرة فى انقضاء الالتزام لسبب غير الوفاء. وهى تطبق أيضا بصفة خاصة على كل عمل إرادى يقوم به أحد الدائنين فى مواجهة المدين. فاذا كان هذا العمل مفيدا للدائنين استفادوا جميعا منه، أما اذا كان العمل ضارا بالنسبة لهم فان آثاره لا تلحقهم. ومن الأمثلة على الأعمال المفيدة أن يقوم أحد الدائنين بقطع التقادم السارى لمصلحة المدين أو يقوم باعذار المدين بما يؤدى إلى جواز التنفيذ العينى أو التنفيذ بمقابل، أو يقوم برفع الدعوى على المدين بما يؤدى إلى سريان الفوائد فى مواجهته أو يستصدر حكما من القضاء ضد المدين،(٢٧) أو يحصل على اقرار من المدين بالدين....الخ. فكل هذه الأفعال ينصرف أثرها إلى الدائنين جميعا، ويجوز لأى منهم أن يتمسك بها. ومن الأمثلة على الأعمال الضارة أن يقوم المدين باعذار أحد الدائنين أو رفع الدعوى عليه أو الحصول منه على أجل جديد للوفاء بالالتزام أو التصالح معه على تخفيض قيمة

---

(٢٧) ويري البعض في فرنسا أن الحكم يحدث أثره بالنسبة لجميع الدائنين المتضامنين سواء صدر لمصلحة الدائن الذي رفع الدعوي أو صدر ضده. ولكن البعض يري أن الحكم الصادر ضد الدائن رافع الدعوي لا يحتج به في مواجهة الدائنين الآخرين. ولم يحسم القضاء الفرنسي هذه المسألة لندرة التطبيقات العملية. راجع، مارتي ورينو، المرجع السابق، ص٧٨٣. علي عكس المشرع المصري الذي قرر في المادة ١/٢٩٦ مدني علي أنه «إذا صدر حكم علي أحد المدينين المتضامنين، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين».

الدين... الخ. فهذه الأعمال الضارة وغيرها لا ينصرف أثرها إلى الدائنين الآخرين.

١٦٨- علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض:

تنص المادة ٢٨٣ على أنه «(١) كل ما يستوفه أحد الدائنين المتضامنين يصير من حق الدائنين جميعا ويتحاصون فيه. (٢) وتكون القسمة بينهم بالتساوى، الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك».

وطبقا لهذا النص فان الدين ينقسم بين الدائنين المتضامنين فى علاقتهم بعضهم ببعض، فهم اذا كانوا قد تضامنوا أمام المدين، الا أنهم فيما بينهم يرجعون إلى الأصل الذى يحكم علاقتهم ويتم الحساب بينهم على أساس نصيب كل منهم فى الدين. فاذا استوفى أحدهم كل الدين أو بعضه، وجب عليه أن يعطى كلا منهم نصيبه فيما استوفاه. والاتفاق القائم بين الدائنين هو الذى يحدد نصيب كل منهم. وقد يصل الاتفاق إلى درجة أن يكون واحد من الدائنين فقط هو صاحب المصلحة فى الدين، وهو وحده الدائن الحقيقى بكل الدين، ولكنه صور غيره من الأشخاص فى صورة دائنين متضامنين معه.[٢٨] ففى هذا المثال اذا استوفى هذا الدائن الدين فانه لا يرد شيئا مما استوفاه إلى الدائنين الصوريين لأن العبرة فى الصورية بالعقد الحقيقى فهو وحدة العقد النافذ بين المتعاقدين أنفسهم. واذا لم يوجد اتفاق على تحديد نصيب كل من الدائنين فى

(٢٨) الحساب المشترك في البنوك هو أهم تطبيق للتضامن بين الدائنين. ويتم فتح الحساب عادة بين المورث ووارثه حتى يستطيع الوارث سحب كل الرصيد في حالة وفاة المورث الذي هو وحده في الواقع الذي أودع النقود في البنك. ولكن المشرع الفرنسي منذ عام ١٩٠٣، جعل الحساب ينقسم بين المورث ووارثه، بحيث لا يستطيع الوارث سحب نصيب المورث دون دفع ضريبة التركات علي نصيب المورث، مارتي ورينو، المرجع السابق، ص٧٨٢.

الدين أو لم يوجد نص يحدد هذا النصيب، افترض أن حصة كل منهم مساوية لحصة الآخرين، وينقسم الدين بينهم بطريق التساوى.

٢- التضامن بين المدينين

١٦٩- نظرة عامة:

على عكس التضامن بين الدائنين، فان التضامن بين المدينين كثير الوقوع فى العمل. وقلما يوجد فى التزام أكثر من مدين واحد، الا ويشترط الدائن التضامن بينهم. وكذلك كثيرا ما ينص القانون على التضامن بين المدينين. ويقوم التضامن بين المدينين على نفس الفكرة التى يقوم عليها التضامن بين الدائنين وهى وحدة الدين وتعدد الروابط، وما يستتبع ذلك من وجود نيابة تبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر. والفائدة الأساسية التى يجنبها الدائن من التضامن بين المدينين هى أنه يستطيع أن يطالب أى مدين متضامن بكل الدين، ولو أعسر أحد هؤلاء المدينين فلا يتأثر حق الدائن. أما العلاقة بين المدينين بعضهم وبعض فيتم تصفيتها وفقا للاتفاق القائم بينهم أو طبقا للقانون.

١٧٠- التضامن بين المدينين لا يفترض:(٢٩)

التضامن بين المدينين تترتب عليه نتائج خطيرة بالنسبة لكل منهم. ولذلك لا يكفى أن يتعدد المدينون فى التزام حتى يفترض التضامن بينهم بل لابد أن يتفق عليه أو أن ينص عليه القانون. وقد

---

(٢٩) راجع في الموضوع، رسالة الدكتوراه، دراكيديس، المبدأ الذي علي أساسه لا يفترض التضامن، باريس، ١٩٣٩.

نصت على هذا الحكم المادة ٢٧٩ السابق ذكرها بصدد التضامن بين الدائنين. والتضامن بين المدينين يتم عادة باتفاق صريح بين الدائن والمدينين المتعددين. ويجوز أن يتم أيضا باتفاق ضمنى يستخلص من ظروف التعاقد. ويخضع اثبات هذا الاتفاق للقواعد العامة فى الاثبات التى سنذكرها فيما بعد. ولكن يلاحظ أنه فى المسائل التجارية يجوز الاثبات بكل الطرق بما فى ذلك البينة والقرائن، ولذلك يسهل إثبات التضامن فى العلاقات التجارية. بل ان قيام الالتزام بين تجار فى علاقة تجارية هو فى ذاته قرينة على التضامن بين المدينين فى هذه العلاقة، فاذا أمكن تدعيم هذه القرينة بقرائن أخرى فيكون التضامن بين المدينين التجار قد أصبح ثابتا.

والتضامن بين المدينين قد يكون مصدره القانون. ومن الأمثلة على ذلك التضامن بين الوكلاء اذا تعددوا (م٧٠٧مدنى) والتضامن بين الوكيل ونائبه (م٧٠٨ مدنى)، والتضامن بين المهندس والمقاول المعمارى فى مسئوليتهما عن تهدم البناء (م٦٥١ مدنى). ومن هذا القبيل نص المادة ١٦٩ مدنى الذى يقيم القاعدة فى التضامن بين المسئولين المتعددين عن عمل غير مشروع كما لو اشترك أكثر من شخص بخطئه فى وقوع حادث سيارة سبب ضررا للغير.[٣٠]

١٧١- وحدة الدين وتعدد الروابط:

التضامن بين المدينين وصف من أوصاف الالتزام يحفظ للالتزام وحدته رغم تعدد المدينين فيه. ويؤدى وحده الالتزام إلى حق الدائن فى

---

(٣٠) راجع كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ٢١٨، ص٢١٩.

مطالبة أى مدين متضامن بكل الدين، كما أن الوفاء الذى يقوم به أى مدين متضامن يؤدى إلى براءة ذمة المدينين الآخرين.

ولكن رغم وحدة الدين فان كل مدين متضامن تربطه بالدائن رابطة خاصة. ويؤدى تعدد الروابط إلى أن أسباب الانقضاء الأخرى غير الوفاء كالتقادم أو اتحاد الذمة أو المقاصة أو الابراء...الخ. اذا تحققت بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين، فلا يتخطى أثرها إلى غيره منهم.

ومن ناحية أخرى فان تعدد الروابط يسمح لكل مدين بأن يتمسك فى مواجهة الدائن بأوجه الدفع الخاصة به أو بأوجه الدفع المشتركة بين جميع المدينين دون أوجه الدفع الخاصة بمدين آخر غيره.

وأخيرا فان تعدد الروابط يفسر أن الأعمال التى قد تصدر من أحد المدينين المتضامنين يجوز أن تنفع الآخرين، ولكن لا يجوز أن تضرهم.(٣١)

١٧٢- الوفاء بالدين من أحد المدينين:

تنص المادة ٢٨٤ على أنه «اذا كان التضامن بين المدينين فان وفاء أحدهم بالدين مبرئ لذمة الباقين». وتنص المادة ١/٢٨٥ على أنه «يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين». ويقرر هذان النصان أهم الأحكام التى تترتب على التضامن بين

---

(٣١) يفرق الدكتور السنهوري بين الالتزام التضامني الذي يكون مصدره واحدا، وبين الالتزام التضامي، حيث تتعدد مصادر كل التزام مع أن الدين واحد، كما إذا تعدد الكفلاء بعقود مختلفة، وكان كل كفيل يضمن الدين في مجموعه، الوجيز، فقرة ١٠٢٦، ص١٠١٨ وما بعدها.

المدينين، وهى حق الدائن فى أن يستوفى كل الدين من أى المدينين المتضامنين. والتضامن بين المدينين مقصود به أصلا مصلحة الدائن، وحتى لا يتأثر حقه بالاعسار الذى قد يلحق بأحد المدينين المتضامنين. فالدائن يتخير عادة أكثر المدينين يسارا ويرجع عليه بكل الدين. ولكن يجوز للدائن أن يدخل مدينا آخر فى الدعوى أو يدخل المدينين المتضامنين جميعا، أو يرفع الدعوى عليهم جميعا من بادئ الأمر، أو يترك المدين الذى رفع عليه الدعوى ويتجه بالمطالبة إلى مدين أخر غيره.

واذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين فيجوز لهذا الأخير أن يدخل المدينين الآخرين فى الدعوى، حتى اذا صدر عليه الحكم بدفع كل الدين للدائن فانه يصدر فى نفس الحكم أيضا ما يلزم المدينين الآخرين بدفع نصيبهم فى الدين للمدين الذى دفع كل الدين للدائن. ويجوز لهؤلاء أن يتدخلوا فى الدعوى من أنفسهم، كما يجوز للقاضى أن يدخلهم فى الدعوى من تلقاء نفسه.[٣٢]

واذا طالب الدائن أحد المدينين بكل الدين، فيجوز لهذا المدين أن يتمسك بأوصاف الالتزام الخاصة به، كأن يكون الالتزام معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل بالنسبة له، ولو كان منجزا بالنسبة لسائر المدينين، طبقا لفكرة تعدد الروابط بين الدائن والمدينين.

وطبقا لنفس الفكرة أيضا تنص المادة ٢/٢٨٥ على أنه «ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه

(٣٢) راجع في دور القاضي الايجابي في الاثبات وفي سير الخصومة، ما سبق، فقرة ٨، ص١٩ وما بعدها.

المشتركة بين المدينين جميعا ». وحسب هذا النص يجوز للمدين أن يتمسك فى مواجهة الدائن بنقص أهليته أو بعيب فى ارادته كغلط أو تدليس. ولكن لا يجوز للمدين أن يتمسك بدفع خاص بمدين آخر كنقص أهلية المدين الآخر أو وقوعه فى غلط أو تدليس. ويجوز للمدين أن يتمسك بأوجه الدفع المشتركة بين جميع المدينين كأن يكون العقد باطلا لعيب فى شكل العقد، أو يوجد سبب للمطالبة بفسخ العقد، أو أن يكون الدين قد انقضى بالوفاء الذى قام به أحد المدينين المتضامنين. أما أسباب الانقضاء الأخرى فهى لا تحدث أثرها الا بالنسبة لكل مدين تحقق له سبب من هذه الأسباب على ما سنرى.

واذا مات أحد المدينين المتضامنين فان الدين لا يتقسم على ورثته، بل تظل تركته مسئولة عن كل الدين، طبقا للقاعدة الشرعية فى أنه لا تركة الا بعد سداد الدين. وقد سبق أن رأينا عكس هذا الحكم بالنسبة لموت أحد الدائنين المتضامنين، اذ أن الدين ينقسم بين ورثة هذا الدائن.

١٧٣- انقضاء الدين لسبب غير الوفاء:

القاعدة أنه اذا انقضى الدين لسبب غير الوفاء بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين، فان ذمة الآخرين لا تبرأ الا بقدر حصة المدين الذى انقضى الدين بالنسبة له وذلك تطبيقا لفكرة تعدد الروابط فى الالتزام التضامنى. وقد طبق المشرع هذه القاعدة على بعض أسباب انقضاء الالتزام غير الوفاء وهى التجديد والمقاصة واتحاد الذمة والابراء والتقادم. وندرس هذه التطبيقات فيما يلى:

١- التجديد: نصت المادة ٢٨٦ مدنى على أنه «يترتب على تجديد الدين بين الدائن واحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين، الا اذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم». والتجديد يتم بتغيير شخص الدائن أو المدين أو محل الالتزام. وهو يؤدى إلى انقضاء الالتزام القديم ونشأة التزام جديد يحل محله ويختلف عنه فى شخص الدائن أو شخص المدين أو المحل.(٣٣) وينصرف نص المادة ٢٨٦ إلى الحالتين اللتين يتم فيهما التجديد اما بتغيير شخص المدين أو محل الالتزام. ونظرا لأن التجديد يؤدى إلى انقضاء الالتزام القديم بتأميناته وضماناته، فان الالتزام التضامنى ينقضى وتبرأ ذمة المدينين المتضامنين جميعا. ومع ذلك اذا عبر الدائن عن ارادته فى بقاء المدينين الآخرين ملتزمين بالالتزام الجديد، فان التجديد لا يحدث أثره الا بالنسبة للمدين الذى اتفق مع الدائن على التجديد، فتبرأ ذمة هذا المدين عن الدين كله، أما ذمة المدينين الآخرين فلا تبرأ الا بقدر حصة المدين الذى برئت ذمته بالتجديد.

٢- المقاصة: تنص المادة ٢٨٧ مدنى على أنه «لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر، الا بقدر حصة هذا المدين». والمقاصة تحدث عندما يكون الدائن مدينا لمدينه والعكس صحيح. ويؤدى ذلك إلى انقضاء كل من الدينين بمقدار الأقل منهما. فاذا فرضنا أن حق الدائن فى مواجهة المدينين المتضامنين مقداره خمسمائه، وعدد هؤلاء المدينين خمسة ونصيب كل منهم فى الدين هو الخمس، ثم أصبح أحدهم دائنا للدين بخمسمائة، فان الدائن لا يستطيع أن يطالب هذا المدين بالدين لأنه انقضى بينهما بالمقاصة. ولكن

(٣٣) راجع في التفرقة بين التجديد الارادي والتجديد الضروري، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ٢٥٠ وما بعدها، ص٣٦٠ وما بعدها.

اذا رجع الدائن على مدين آخر من المدينين الخمسة، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك بالمقاصة الا بقدر نصيب المدين الذى انقضى الالتزام بالنسبة له. وهذا النصيب مائة فقط. ويتعين على المدين الذى رجع عليه الدائن أن يفى له بالباقى وقدره أربعمائة.(٣٤)

٣- اتحاد الذمة: تنص المادة ٢٨٨ على أنه «اذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين، فان الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين، الا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن».

ويتحقق اتحاد الذمة اذا آلت ذمة المدين إلى الدائن بأن ورث الدائن مدينه، أو آلت ذمة الدائن إلى المدين بأن ورث المدين دائنه. وفى الحالتين فان الالتزام ينقضى أو يقوم مانع من موانع المطالبة به، فاذا مات الدائن وورثه أحد المدينين المتضامنين فان حق الدائن ينتقل بالميراث إلى هذا المدين. وينقضى التزام هذا المدين باتحاد الذمة، ولكن يظل من حقه أن يطالب المدينين الآخرين بكل الدين بعد استنزال نصيبه منه ويجوز له أن يوجه مطالبته إلى أى واحد منهم فهو يرجع عليهم بحق الدائن. أما اذا مات أحد المدينين المتضامنين وورثه الدائن، فان دين هذا المدين ينقضى باتحاد الذمة، ولكن يجوز للدائن أن يرجع على أى من المدينين الآخرين، ولا يجوز لهؤلاء أو لواحد منهم التمسك فى مواجهة الدائن باتحاد الذمة الذى حدث بينه وبين أحدهم، الا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته بذمة الدائن.(٣٥)

---

(٣٤) واذا دفع المدين الآخر أربعمائة جنيه للدائن، فيجوز لهذا المدين أن يرجع علي المدين الآخر الذي تمسك بالمقاصة في مواجهة الدائن بقدر نصيبه في الدين، علي النحو الذي سنراه فيما بعد، فقرة ٦٢.

(٣٥) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ١٠٣٤، ص١٠٢٦.

٣- الابراء: تنص المادة ٢٨٩ مدنى على أنه «(١) اذا برأ الدائن أحد المدينين المتضامنين، فلا تبرأ ذمة الباقين الا اذا صرح الدائن بذلك. (٢) فاذا لم يصدر منه هذا التصريح، لم يكن له أن يطالب باقى المدينين المتضامنين الا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه، الا أن يكون قد احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين. وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الابراء لصالحه بحصته فى الدين». وتنص المادة ٢٩٠ مدنى على أنه «اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن، بقى حقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين، ما لم يتفق على غير ذلك». وتنص المادة ٢٩١ على أنه «(١) فى جميع الأحوال التى يبرئ فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين، سواء أكان الابراء من الدين أم من التضامن، يكون لباقى المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه فى حصة المعسر منهم وفقا للمادة ٢٩٨. (٢) على أنه اذا أحل الدائن المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين، فان الدائن هو الذى يتحمل نصيب هذا المدين فى حصة المعسر». ويتضح من هذه النصوص ما يلى:

١- اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين، فيجوز له مع ذلك أن يرجع على المدينين الآخرين أو على أحدهم بكل الدين بعد استنزال حصة المدين الذى أبرأه.(٣٦)

٢- اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين، وفى نفس الوقت صرح بأنه يبرئ سائر المدينين فان الالتزام يتقضى بالنسبة لهم جميعا ولا يجوز للدائن أن يرجع على أى منهم بعد ذلك.

---

(٣٦) سليمان مرقس، ج٢، ص٧٦٤.

٣- اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين، وفى نفس الوقت صرح بأنه يحتفظ بحقه كاملا قبل المدينين الآخرين، فيجوز له فى هذه الحالة أن يرجع على أى منهم بكل الدين.

٤- فى الحالة السابقة اذا وفى أحد المدينين بكل الدين، جاز له أن يرجع بعد ذلك على المدين الذى أبرأه الدائن بقدر نصيبه فى الدين، اذ لا يجوز أن يضار أى مدين من عمل يقوم به الدائن لمصلحة مدين آخر.

٥- اذا أبرأ الدائن أحد المدينين من الدين ولم يحتفظ بحقه فى الرجوع بالدين كاملا على الآخرين، فانه لا يرجع عليهم الا بمقدار الدين بعد استنزال حصة المدين الذى أبرأه. وفى هذه الحالة اذا وفى أحد المدينين بالباقى من الدين فانه لا يرجع على المدين الذى أبرأه الدائن لأنه لم يوف شيئا عنه فقد انقضت حصة هذا المدين بابراء الدائن.

٦- ولكن اذا حدث فى الحالة السابقة أن أعسر أحد المدينين المتضامنين مما يحرم المدين الذى وفى من الرجوع عليه، فان هذا المدين لا يتحمل حصة المعسر بمفرده بل يرجع على المدينين المتضامنين كل منهم بقدر نصيبه فى حصة المعسر، بما فى ذلك المدين الذى أبرأه الدائن. لأن الدائن أبرأه من حصته فى الدين ولكن لم يبرئه عن مسئوليته فى حصة المعسر من المدينين الآخرين.

٧- أما اذا كان الدائن قد أبرأ المدين من حصته فى الدين ومن مسئوليته عن حصة المعسر من المدينين الآخرين، فان الدائن هو نفسه الذى يتحمل بنصيب المدين الذى أبرأه فى حصة المدين الذى أعسر.

٨- اذا لم يبرئ الدائن المدين من الدين، ولكن أبرأه من التضامن

فقط، فيترتب على ذلك أن الدائن لا يرجع على هذا المدين الا بقدر نصيبه فى الدين، وان جاز له أن يرجع على أى من الآخرين بكل الدين. واذا وفى بالدين مدين آخر غير المدين الذى أبرأه الدائن من التضامن، فللمدين الذى وفى الدين أن يرجع على المدين الذى أبرأه الدائن من التضامن فقط بنصيبه فى الدين، ونصيبه فى حصة المعسر من المدينين. وسندرس قواعد رجوع المدينين المتضامنين بعضهم على بعض فيما بعد.

٥- **التقادم:** تنص المادة ٢٩٢ مدنى على أنه «(١) اذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين الا بقدر حصة هذا المدين. (٢) واذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين». ومن المتصور أن ينقضى الالتزام بالتقادم بالنسبة لبعض المدينين دون البعض الآخر، اذا كان التزام البعض مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط، فلا يسرى التقادم بالنسبة لهؤلاء فورا بينما يسرى التقادم فى الحال بالنسبة للبعض الآخر الذى يكون الالتزام منجزا بالنسبة له. فاذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة لأحد المدينين، فلا يجوز للآخرين أن يتمسكوا فى مواجهة الدائن بالتقادم الا بقدر حصة المدين الذى انقضى التزامه لهذا السبب. ويحدث نفس الشئ اذا قطع الدائن التقادم بالنسبة لبعض المدينين دون البعض الآخر، فان قطع التقادم يؤدى إلى عدم انقضاء الالتزام فى نفس الوقت الذى انقضى فيه التزام آخر لم تنقطع مدة تقادمه. على أنه ينبغى تفسير السبب الذى من أجله لا يؤدى انقطاع التقادم بالنسبة للبعض إلى انقطاعه بالنسبة إلى غيره من المدينين. ويتضح هذا السبب من الفقرة التالية:

١٧٤- النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر:

نظرا لتعدد الروابط بين الدائنين والمدينين المتضامنين، فان كلا من المدينين يعتبر نائبا عن غيره منهم فى علاقته بالدائن. ولكن هذه النيابة تتحدد بالقدر الذى ينفع المدينين ولا يضرهم. وتظهر آثار هذه الفكرة فيما يلى:

١- تنص المادة ١/٢٩٣ على أنه «لا يكون المدين المتضامن مسئولا عن تنفيذ التزامه الا عن فعله». ومقتضى هذا النص أنه اذا ارتكب أحد المدينين فى تنفيذ الالتزام خطأ سبب ضررا للدائن أكثر من الضرر الناشئ عن مجرد عدم التنفيذ، فان هذا المدين وحده هو الذى يلتزم بتعويض الدائن عن هذا الضرر.(٣٧)

٢- تنص المادة ٢/٢٩٣ على أنه «اذا أعذر الدائن إحد المدينين المدينين المتضامنين أو قاضاه، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين. أما اذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن، فان باقى المدينين يستفيدون من هذه الاعذار». وطبقا لهذا النص اذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه وترتب على ذلك مثلا قطع التقادم الذى كان ساريا لمصلحة هذا المدين، فان التقادم لا ينقطع مع ذلك بالنسبة للمدينين الآخرين، ما لم يتخذ الدائن اجراءات قطع التقادم فى مواجهة كل منهم.

وعلى العكس اذا كان أحد المدينين هو الذى أعذر الدائن مطالبا أياه بتسلم الشئ الذى التزم هو والمدينون الآخرون بتسليمه للدائن، فان

---

(٣٧) راجع في تعريف الخطأ العقدي، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ١٣٣ وما بعدها، ص١٦٩ وما بعدها.

سائر الدائنين يستفيدون من هذا الاعذار الذى ينقل تبعة الهلاك إلى الدائن، بحيث اذا لم يتسلم الدائن الشئ بعد الاعذار وهلك الشئ فانه يهلك عليه.(٣٨)

٣- تنص المادة ٢٩٤ مدنى على أنه «اذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الابراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى، استفاد منه الباقون. أما اذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاما أو يزيد فيما هم ملتزمون به، فانه لا ينفذ فى حقهم الا اذا قبلوه».

وينطبق هذا النص على الحالة التى يوجد فيها نزاع بين الدائن وجميع المدينين المتضامنين، يتعلق بأصل الدين أو مقداره أو توابعه كالفوائد... الخ فاذا تم صلح منفرد بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين فان هذا الصلح يسرى بالنسبة للجميع اذا كان فى مصلحتهم، أى اذا حقق الموقف الذى يتمسكون به أو حقق بعض هذا الموقف. وعلى العكس اذا كان الصلح أقرب إلى تحقيق وجهة نظر الدائن فيجوز للمدينين الآخرين عدم الاعتداد بهذا الصلح مع استمرارهم فى تمسكهم بموقفهم الأول.(٣٩)

---

(٣٨) راجع في تبعه الهلاك الكلي للشئ المبيع قبل التسليم، كتابنا، عقد البيع، فقرة ٦٢، ص٢٤٥، حيث يقرر المشرع في المادة ٤٣٧ تحمل البائع تبعه الهلاك الكلي قبل التسليم، بما يتفق مع أحكام الشريعة الاسلامية، ويختلف مع الحكم المقرر في القانون الفرنسي. وحتي لا يؤدي هذا الحكم إلي الاضرار بالبائع وهو مستعد للتسليم، بينما المشتري هو الذي لا يريد ذلك، فقد قررت المادة ٣٤٧ السابق ذكرها، أن تبعة الهلاك تنتقل إلي المشتري من الوقت الذي يعذره فيه البائع بتسلم المبيع.

(٣٩) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ١٠٤١، ص١٠٣٣.

٤- تنص المادة ١/٢٩٦ على أنه «اذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين، فلا يسرى هذا الاقرار فى حق الباقين». وينطبق هذا النص على الحالة التى لا يكون لدى الدائن دليل اثبات قبل المدينين. فاذا أقر أحدهم بالدين فانه يصبح ثابتا فى مواجهته، ولكن الدائن لا يستطيع أن يتمسك بهذا الاقرار فى مواجهة المدينين الآخرين. وعلى العكس اذا حصل أحد المدينين على اقرار الدائن بخصوص مسألة من المسائل فللمدينين جميعا أن يتمسكوا بهذا الاقرار.(٤٠)

٥- تنص المادة ٢/٢٩٥ على أنه «اذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينا حلفها، فلا يضار بذلك باقى المدينين، واذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف، فانّ المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك». وينطبق هذا النص أيضا على الحالات التى لا يوجد فيها دليل اثبات لدى الدائن أو لدى المدينين. فاذا وجه الدائن اليمين إلى أحد المدينين فلم يحلف مما ترتب عليه ثبوت حق الدائن، أو وجه أحد المدينين اليمين إلى الدائن فحلف مما ترتب عليه عدم ثبوت ما يدعيه المدين فان المدينين الآخرين لا يضارون فى أى من الحالتين. وعلى العكس اذا وجه الدائن اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف مما ترتب عليه عدم ثبوت حق الدائن فان سائر الدائنين يستفيدون من ذلك. ويصدق نفس الحكم اذا وجه أحد المدينين اليمين إلى الدائن فلم يحلفها.(٤١)

٦- تنص المادة ٢٩٦ مدنى على أنه «(١) اذا صدر حكم على

---

(٤٠) راجع في الاقرار القضائي، ما سبق، فقرة ٥٥، ص١٢٢.

(٤١) راجع في اليمين الحاسمة، ما سبق، فقرة ٥٧، ص١٢٤.

أحد المدينين المتضامنين، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين. (٢) أما اذا صدر الحكم لصالح أحدهم، فيستفيد منه الباقون الا اذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه». وطبقا لهذا النص اذا كان الدائن قد استصدر حكما ضد أحد المدينين المتضامنين دون ان يكون الآخرون طرفا فى الدعوى، فان هذا الحكم لا يحتج به عليهم. وعلى العكس اذا كان أحد المدينين قد حصل على حكم ضد الدائن فان للمدينين الآخرين التمسك بهذا الحكم، الا اذا كان سبب صدوره يتعلق بحق خاص لمن صدر لمصلحته كأن يتقرر ابطال الالتزام بسبب نقص أهلية أحد المدينين، ففى هذه الحالة لا يستفيد من الحكم المدينون الآخرون.[٤٢]

ومن كل الأمثلة السابقة رأينا أن المشرع أقام نيابة تبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر. وقد أورد المشرع تطبيقات لهذه القاعدة فى المسئولية عن الخطأ وفى الاعذار والمطالبة القضائية والصلح والاقرار واليمين والحكم، وهى التطبيقات السابق ذكرها.

١٧٥- علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض:

اذا كان الدين واحدا فى علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين، الا أنه ينقسم فى علاقة المدينين بعضهم ببعض. فاذا وفى أحد المدينين كل الدين أو بعضه، جاز له أن يرجع على الباقين كل بقدر نصيبه. ونصيب كل من المدينين فى الدين يتحدد على أساس الاتفاق القائم بينهم. فقد

---

(٤٢) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ١٠٤٤، ص١٠٣٥؛ نقض مدني، ١٩٧٢/٥/١٦، مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٧ق - س٢٣، رقم (١٤٥) ص٩٣٣).

يكون لكل منهم حصة متساوية فى الدين وهذا هو الغالب. وقد يكون لأحدهم حصة أكبر أو أصغر من حصة غيره. بل وقد يكون أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين. أى يكون هو وحده المدين بكل الدين فى علاقته بالمدينين الآخرين وان كان هؤلاء قد ظهروا أمام الدائن بمظهر مدينين أصحاب مصلحة فى الدين وهم فى الواقع مجرد كفلاء للمدين لا مصلحة لهم فى الدين.(٤٣) وتكون الكفالة فى هذه الحالة قد بلغت أقصى درجات الحماية للدائن. وقد نص المشرع على هذه الحالة فى المادة ٢٩٩ مدنى التى تقرر أنه «اذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين». وطبقا لهذا النص اذا كان المدين الذى وفى للدائن هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فانه لا يرجع بشئ على المدينين الآخرين. أما اذا وفى بالدين مدين آخر ليست له مصلحة فى الدين فانه يرجع على المدين الأصلى بكل ما وفاه.(٤٤)

واذا لم يوجد اتفاق أو نص على نصيب كل من المدينين فى الدين فانه ينقسم بينهم بطريق التساوى وهذا ما تنص عليه المادة ٢/٢٩٧

---

(٤٣) راجع في التفرقه بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن، كتابنا، التأمينات الشخصية والعينيه، فقرة ٣٦ ص٨٥ وما بعدها. الكفيل المتضامن يلتزم بصفة تبعيه ويجوز له التمسك ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من التأمينات الضامنة للدين. ولكن المدين المتضامن لا يجوز له ذلك.

(٤٤) قضت محكمة النقض بأنه «ولئن كان يجوز للمدين المتضامن أن يتفق مع غيره من المدينين المتضامنين على أن يتحمل وحده بكل الدين محل التضامن، إلا أنه لا يجوز لغيره من المدنين المتضامنين الرجوع عليه بهذا الدين إلا اذا كان قد وفاه بالفعل للدائن، ولا يغني عن ذلك صدور أحكام نهائية عليه بالدين، طالما أنه لم يتم الوفاء به بالفعل تنفيذا لهذه الأحكام». (نقض مدني - جلسة ٣ مايو سنة ١٩٧٦، مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم (١٧٤) لسنة ٤٤ق - س٢٧، رقم ٢٠٢ ص١٠٥٦).

«وينقسم الدين اذا وفاه أحد المدينين حصصا متساوية بين الجميع، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك». ويترتب على هذا النص أنه اذا وفى أحد المدينين كل الدين أو بعضه فانه يرجع على المدينين الآخرين، كل بقدر نصيبه محسوبا بعدد الرؤوس. ولكن لا يجوز لأى مدين أن يطالب مدين آخر بأكثر من نصيبه.

ويلاحظ أن المدين عندما يرجع على غيره من المدينين فهو يرجع عليهم أما بدعوى شخصية وهى دعوى الوكالة أو الفضالة أو يرجع عليهم بدعوى عينية هى دعوى الحلول محل الدائن، لأن المدين الذى يوفى الدائن يحل محله فى حقه ويرجع على المدينين الآخرين كما لو كان الدائن نفسه هو الذى يرجع عليهم. وهو ما سندرسه فيما بعد عند دراستنا للوفاء. ولكن حتى مع رجوع المدين على أحد زملائه بدعوى الدائن فهو لا يستطيع أن يطالبه بكل الدين كما يستطيع الدائن، بل بقدر نصيبه فقط. وهذا ما يقرره المشرع فى المادة ١/٢٩٧ التى تنص على أنه «اذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين الا بقدر حصته فى الدين، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن».

١٧٦- حصة المعسر توزع علي المدينين الموسرين:

اذا أعسر أحد المدينين المتضامنين فان الدائن لا يتحمل نتيجة هذا الاعسار، بل يجوز له كما سبق أن يرجع بكل الدين على أى مدين موسر. وهذه هى الفائدة الكبيرة التى يحققها نظام التضامن. ولكن اذا وفى أحد المدينين كل الدين فهو لا يتحمل به وحده ولكنه يرجع على المدينين الآخرين بقدر نصيب كل منهم، ونظرا لوجود مدين معسر بين

هؤلاء المدينين فان المدين الذى وفى الدين لا يستفيد من الرجوع عليه بشئ. ولكن من الظلم أن يتحمل هو وحده كل حصة المدين المعسر. ولذلك قرر المشرع أن حصة المدين المعسر توزع على سائر المدينين الموسرين بما فيهم المدين الذى وفى الدين، فيرجع المدين الذى وفى الدين على كل مدين آخر بحصة هذا المدين ونصيبه فى حصة المعسر منهم.(٤٥) وهذا هو مضمون نص المادة ٢٩٨ مدنى التى تقرر أنه «اذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين، كل بقدر حصته».

المبحث الثاني
عدم القابلية للانقسام

١٧٧- متي يكون الالتزام غير قابل للانقسام:

يكون الالتزام غير قابل للانقسام اما بحسب طبيعته أو بحسب الاتفاق.

١- تنص المادة ٣٠٠ على أنه «يكون الالتزام غير قابل للانقسام: (أ) اذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم». ومن هذا القبيل الالتزام بنقل ملكية شئ من الأشياء أو بترتيب حق عينى عليه، اذ من غير المتصور أن تنتقل الملكية نصف انتقال أو أن يترتب الحق العينى بطريقة جزئية. ومن ذلك أيضا التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع

---

(٤٥) ويقول الاستاذ السنهوري «وهنا تبرز فكره التضامن فتلامس حتي علاقة المدينين فيما بينهم، ذلك بأنهم، حتي في علاقتهم بعضهم ببعض يتضامنون في تحمل حصة المعسر منهم». الوجيز. فقرة ١٠٤٨، ص١٠٤١.

بالعين المؤجرة.[٤٦] ويشمل ذلك الالتزام بالتسليم والالتزام بالصيانة والالتزام بضمان الاستحقاق. ويلاحظ أن عدم القابلية للانقسام قد يرجع إلى خلقة الشئ كالالتزام بتسليم قطعة أثاث أو آلة موسيقية أو حيوان.. الخ. وقد يرجع عدم القابلية للانقسام إلى عمل الانسان كالمحل التجارى فهو يتكون من عناصر مختلفة هى مكان المحل وزبائنه وحقوقه وديونه والسلع الموجودة به، ومع ذلك فان الالتزام بتسليمه لا يقبل الانقسام لأن هذه العناصر قد اجتمعت بفعل الانسان فى تكوين محل واحد لا يقبل الانقسام هو المحل التجارى.

٢- ومن ناحية أخرى تنص المادة ٣٠٠ مدنى على أن «يكون الالتزام غير قابل للانقسام: (ب) اذا تبين من الغرض الذى رمى اليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما، أو اذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك». وفى هذه الحالة فان المحل يكون قابلا للانقسام بطبيعته كالالتزام بدفع مبلغ من النقود، ومع ذلك تتجه ارادة المتعاقدين إلى جعله غير قابل للانقسام. والصورة العملية لذلك أن يتفق الدائن مع المدينين المتعددين على التضامن بينهم وكذلك على عدم قابلية الدين للانقسام. وفى هذه الحالة فان الدين لا ينقسم بين المدينين فى علاقتهم بالدائن نتيجة للتضامن بينهم ولا ينقسم كذلك بين ورثة أحدهم فى علاقة الورثة بالدائن نتيجة لعدم القابلية للانقسام.

ويحدث نفس الشئ اذا كان التضامن بين الدائنين فان الدين لا ينقسم بين ورثة الدائن المتوفى بفعل عدم القابلية للانقسام لا بفعل

---

(٤٦) راجع كتابنا عقد الايجار، عدم قابلية الالتزام بالتسليم للانقسام، فقرة ٧٦، ص١٣٥ وما بعدها.

المتضامن الذى لا يمنع انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين كما سبق أن رأينا[٤٧] (م٢/٢٨٠) وجدير بالذكر أن الفائدة من عدم القابلية للانقسام لا تظهر الا فى حالة تعدد المدينين أو تعدد الدائنين. أما اذا كان الدائن واحدا والمدين واحدا، فسيان أن يكون المحل قابلا للانقسام أو غير قابل للانقسام، لأن المدين فى هذه الحالة يلتزم بوفاء الالتزام كله فى مواجهة دائنه.

١٧٨- تعدد المدينين وعدم القابلية للانقسام:

آثار عدم القابلية للانقسام تشبه آثار التضامن أحيانا وتزيد عليها أحيانا أخرى وتقل عنها كذلك فى بعض الحالات. أما التشابه بين التضامن وعدم القابلية للانقسام فيظهر فى أن من حق الدائن أن يطالب أى مدين بكل الدين لأن الالتزام ذاته غير قابل للانقسام. وهذا ما تقرره المادة ١/٣٠١ «اذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا». ويترتب على ذلك انه اذا قام أحد المدينين بوفاء الالتزام فان ذلك يؤدى إلى براءة ذمة الآخرين.

ولكن عدم القابلية للانقسام تزيد فى الأثر عن التضامن فى أنه اذا انقضى الالتزام لاى سبب آخر غير الوفاء كالتقادم مثلا فى علاقة الدائن بأحد المدينين، فان الالتزام ينقضى بالنسبة لجميع المدينين، لأنه غير قابل للانقسام فلا يتصور انقضائه بالنسبة لبعضهم وبقائه بالنسبة للبعض الآخر. وذلك أبعد أثرا من التضامن الذى لا يؤدى إلى انقضاء الالتزام لسبب غير الوفاء الا بقدر حصة المدين الذى انقضى التزامه.[٤٨]

---

(٤٧) راجع ما سبق، فقرة ١٦٥.

(٤٨) راجع ما سبق، فقرة ١٧٣.

أما أن عدم القابلية للانقسام تقل فى الأثر أحيانا عن التضامن فيظهر ذلك اذا استحال تنفيذ الالتزام عينا وتحولت المطالبة إلى التنفيذ بمقابل بطريق التعويض النقدى، فان الالتزام يتحول فى هذه الحالة إلى التز قابل للانقسام لأن محله وهو التعويض النقدى قابل للانقسام. فلا يطالب الدائن أحد المدينين الا بقدر نصيبه فى التعويض. وذلك أقل أثراً من التضامن الذى يجعل المدين مسئولا فى مواجهة الدائن عن الدين فى مجموعه سواء كان التنفيذ عينيا أو كان تنفيذا بمقابل بطريق التعويض.

ورغم الفروق السابقة فان آثار التضامن تتطابق تماما مع آثار عدم القابلية للانقسام اذا قام بالوفاء أحد المدينين فى الالتزام القابل للانقسام. فطبقا للمادة ٣٠١-٢/٣ «للمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين، كل بقدر حصته الا اذا تبين من الظروف غير ذلك». وهنا تنطبق كل الأحكام السابق ذكرها فى التضامن بين المدينين.[٤٩] فالدين ينقسم فى علاقة المدينين بعضهم ببعض، ويرجع من وفى الدين على كل منهم بقدر نصيبه فيه. ويتحدد هذا النصيب بحسب الاتفاق أو بنص القانون. وقد يكون أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فيتحمل به كله نحو الباقين. واذا لم يوجد اتفاق أو نص فان الدين ينقسم بالتساوى بين المدينين. وكذلك يضاف إلى حصة كل مدين نصيبه فى حصة المعسر منهم.

١٧٩- تعدد الدائنين وعدم القابلية للانقسام:

تنص المادة ٣٠٢ مدنى على أنه «(١) اذا تعدد الدائنون فى التزام غير قابل للانقسام، أو تعدد ورثة الدائن فى هذا الالتزام، جاز لكل دائن

(٤٩) راجع ما سبق. فقرة ١٧٤ وفقرة ١٧٥

أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا. فاذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك، كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إيداع الشئ محل الالتزام. (٢) ويرجع الدائنون على الدائن الذى استوفى الالتزام، كل بقدر حصته».

وهنا أيضا نرى أن التضامن يتشابه مع عدم القابلية للانقسام فى أنه يجوز لأى دائن أن يطالب المدين بكل الدين، وأن الوفاء الذى يقوم به المدين لاحد الدائنين يبرئ ذمته أمام الآخرين. ونرى هنا أيضا نفس الحكم الذى رأيناه فى التضامن وهو حق كل دائن فى أن يعترض على أن يتم الوفاء لأحدهم بمفرده، وفى هذه الحالة يتعين على المدين أن يوفى بالالتزام للدائنين مجتمعين أو يودع الشئ محل الالتزام لحساب الدائنين جميعا بالاجراءات المقررة قانونا.

ويتشابه النظامان أيضا فى أن انقضاء الالتزام لسبب غير الوفاء بالنسبه لأحد الدائنين لا يؤدى إلى انقضائه بالنسبة لغيره منهم الا بقدر نصيب الدائن الذى انقضى التزامه.[٥]

ويتشابه النظامان كذلك فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض، من حيث انقسام الدين بينهم، ورجوعهم جميعا كل بقدر نصيبه على الدائن الذى استوفى الدين كله.

ولكن عدم القابلية للانقسام تزيد فى الأثر عن التضامن فى أنها تجعل الدين غير منقسم بين ورثة أحد الدائنين، على خلاف

---

(٥) راجع ما سبق، فقرة ١٦٦.

التضامن الذى لا يحول دون انقسام الدين على ورثة أحد الدائنين كما سبق أن رأيناه.(٥١)

وعلى خلاف ذلك فان عدم القابلية للانقسام **تقل فى الأثر عن التضامن** عندما يستحيل تنفيذ الالتزام عينا أو عندما لا يطالب به الدائن ولا يعرضه المدين ويقتصر الأمر على المطالبة بالتنفيذ بمقابل بطريق التعويض. فان الالتزام فى هذه الحالة يصبح قابلا للانقسام، ولا يجوز لأى دائن أن يطالب المدين الا بقدر نصيبه فى الدين فقط، الا اذا كان الدين تضامنيا فى نفس الوقت فتسرى آثار النظامين معا.

والواقع أنه من المصلحة للدائن اذا تعدد المدينون أن يشترط التضامن وعدم القابلية للانقسام فى نفس الوقت حتى يستفيد من كل من الوصفين فيما يزيد فيه أى منهما عن الآخر. وكذلك الأمر اذا تعدد الدائنون فان اشتراط التضامن مع عدم الانقسام يكون أوفى بالغرض.

وبهذا ننتهى فى دراسة أوصاف الالتزام وهى توجد فى الشرط والأجل وهما يتعلقان برابطة الالتزام ذاتها. وهى توجد أيضا فى الالتزام التخييرى والالتزام البدلى وهنا يلحق الوصف محل الالتزام. وهى توجد أخيرا فى التضامن وعدم القابلية للانقسام. وهذه أوصاف تتعلق بطرفى الالتزام. وننتقل الآن إلى دراسة انتقال الالتزام.

الباب الثالث
انتقال الالتزام

١٨٠- نظرة عامة:

الالتزام قد ينتقل من جانب الدائن، فيختفى الدائن الأصلى ويظهر دائن جديد، ويسمى انتقال الالتزام فى هذه الحالة حوالة الحق. وقد ينتقل من جانب المدين، فيختفى المدين الأصلى ويظهر مدين جديد، ويسمى انتقال الالتزام فى هذه الحالة حوالة الدين. والجوهرى فى انتقال الالتزام سواء من جانبه الايجابى أو من جانبه السلبى أن الالتزام يظل كما هو لا يتغير من حيث مقداره وضماناته وتوابعه والدفوع التى ترد عليه.(١) فالدائن الجديد فى حوالة الحق يستفيد من كل الضمانات التى كانت تضمن حق الدائن السابق وتسرى لمصلحته الفوائد التى تسرى قبل انتقال الالتزام إليه، وكذلك يتعرض هذا الدائن للدفوع التى كان يجوز توجيهها للدائن السابق كالدفع ببطلان الالتزام أو انقضائه لسبب سابق على الحوالة. ومن ناحية أخرى فان المدين الجديد يصبح مدينا بنفس الالتزام الذى انتقل اليه من المدين السابق من حيث مقداره وفوائده والدفوع التى يجوز له أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن.

واذا ألقينا نظرة تاريخية على موضوع انتقال الالتزام بالمعنى السابق ذكره، فاننا نجد تطورا هاما حدث فى هذا المجال منذ القانون

---

(١) (نقض مدني - جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ - مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ٣٥٢ لسنة ٤١ق- السنة ٢٨، رقم ١٣٣، ص٧٣٢).

الرومانى إلى اليوم. فمن المعروف أن القانون الرومانى ينظر إلى الالتزام نظرة شخصية خالصة. فالالتزام رابطة شخصية بين دائن ومدين. وبالتالى فلا يتصور تغيير شخص الدائن أو المدين دون انقضاء الالتزام ذاته. وقد ترتب على ذلك أن انتقال الالتزام مع بقائه قائما لم يكن جائزا فى القانون الرومانى. وفى الحالات التى يراد فيها تغيير شخص الدائن أو شخص المدين، لم يكن هناك بد من الالتجاء إلى تجديد الالتزام عن طريق تغيير شخص الدائن أو شخص المدين. ولكن التجديد سبب من أسباب انقضاء الالتزام على ما سنرى. وهو يؤدى إلى انقضاء الالتزام السابق ونشأة التزام جديد يحل محله والالتزام السابق ينقضى بضماناته وتوابعه ودفوعه.[٢]

ولذلك فان العمل كان يجرى فى القانون الرومانى عندما يراد احلال شخص آخر محل الدائن مع بقاء الالتزام قائما، أن يعطى الدائن للشخص الآخر توكيلا فى تحصيل الدين. ولكن عيب التوكيل أن بقاءه يتوقف على محض ارادة الدائن الأصلى الذى يجوز له الغاء التوكيل فى أى وقت. فليس فى التوكيل أى حماية لشخص الوكيل يمكن مقارنته بالضمان الذى يعطيه حوالة الحق للدائن الجديد. ورغم قصور الوكالة عن تحقيق غايات حوالة الحق الا أنها ظلت الوسيلة العملية الوحيدة المستخدمة فى القانون الرومانى فى هذا المجال. وانتقلت هذه الوسيلة إلى القانون الفرنسى وشاع استعمالها، ثم كانت هى المنفذ الذى خرجت منه حوالة الحق عن طريق اعطاء ضمانات خاصة للوكيل فى التحصيل أدت فى مجموعها إلى تغيير مركزه إلى مركز المحال له بالحق. وهكذا عرف القانون الفرنسى القديم والجديد نظام حوالة الحق.[٣]

---

(٢) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ١٠٦٧، ص١٠٥٨.

(٣) مارتي ورينو، جـ٢، فقرة ٨٠٢، ص٨٠٧.

أما حوالة الدين فقد ظل الباب مغلقا فى وجهها نظرا لخطورة التغيير فى شخص المدين. وهو أهم فى الالتزام من شخص الدائن لأنه هو المسئول عن وفاء الالتزام وهو الأمر الذى يتوقف على احساسه بالمسئولية وعلى قدرته المالية ودرجة يساره. وهذه أشياء تختلف من مدين إلى آخر، فيكون تغيير شخص المدين بالتالى بالغ الخطورة بالنسبة للدائن.(٤)

ومع ذلك فان القوانين المتأثرة بالنزعة الجرمانية، وهى التى لا تعتبر الالتزام رابطة شخصية بين دائن ومدين، بقدر ما هو قيمة مالية يجوز التصرف فيها سواء من الناحية الايجابية أو الناحية السلبية، قد ذهبت إلى جواز حوالة الدين كما تجوز حوالة الحق. ويأخذ بهذا الحكم القانون المدنى الألمانى وقانون الالتزامات السويسرى. أما القانون المصرى فقد تخير طريقة بين النزعتين الشخصية والموضوعية للالتزام. فهو لا يعتبر الالتزام مجرد رابطة شخصية أو مجرد قيمة مالية، ولكنه يعتبر الالتزام رابطة مالية بين شخصين. ومن ثم أجاز حوالة الحق. كما أجاز حوالة الدين. وندرس كلا من هاتين المسألتين فى فصلين متتاليين.

---

(٤) القانون الفرنسي لا يعرف حوالة الدين بصفة مستقلة، ولكنه يعرفها في إطار حوالة العقد في مجموعه بما يشمله من حقوق والتزامات. راجع، مارتي ورينو، جـ٢، ص٨٠٨.

الفصل الأول
حوالة الحق

١٨١- تعريف حوالة الحق:

حوالة الحق عقد بمقتضاه ينقل شخص هو الدائن فى الالتزام ويسمى المحيل، حقه إلى شخص آخر هو الدائن الجديد لهذا الالتزام ويسمى المحال له، حقه قبل شخص ثالث هو المدين فى هذا الالتزام، ويسمى المحال عليه. وحوالة الحق تتم تحقيقا لأغراض مختلفة. فقد يكون الغرض منها هو بيع الحق من المحيل إلى المحال له. وهنا تسرى قواعد البيع وأهمها وجوب الثمن على المشترى ووجوب الضمان على البائع. وقد يكون الغرض منها هو التبرع بالحق من المحيل إلي المحال له، وهنا تسرى قواعد عقد الهبة من وجوب نية التبرع. وقد يكون الغرض من الحوالة هو رهن الحق للمحال له فتكون الحوالة عقد رهن تسرى عليه قواعد الرهن، وأهمها وجود دين للمحال له فى ذمة المحيل يبرر انشاء الرهن ضمانا له.[٥] وقد يكون الغرض من الحوالة هو الوفاء بدين المحيل قبل المحال له فيكون الحق المحال مقابل الوفاء بهذا الدين.

وأيا كان الغرض من الحوالة، وأيا كانت صورة العقد الذى تتم به الحوالة، فللحوالة ذاتها أحكام خاصة بها لابد من مراعاتها فى جميع الأحوال. وهذه الأحكام تتعلق بشروط الحوالة من حيث انعقادها ونفاذها،

---

(٥) راجع في رهن الدين، كتابنا في التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ١٤٦ ص٣٧٠ وما بعدها.

وكذلك من حيث الآثار التى تترتب عليها. وندرس هذه الأحكام فيما يلى.

١- شروط انشاء الحوالة

١٨٢- عقد الحوالة:

الحوالة عقد يتم بين الدائن القديم (المحيل) وبين الدائن الجديد (المحال له)، على انتقال حق الأول إلى الثانى فى مواجهة المدين (المحال عليه). ولا يشترط فى الحوالة الا رضاء الدائن القديم والدائن الجديد، أما المدين فلا يشترط القانون المدنى الجديد رضاءه، لأن المهم فى الالتزام بالنسبة للمدين هو محل الالتزام وليس شخص الدائن. فالالتزام عبء على المدين لا يعنيه فى سبيل الخلاص منه أن يوفيه لشخص أو لآخر. وقد نص المشرع على هذا الحكم صراحة فى المادة ٣٠٣ مدنى فى عبارتها الأخيرة التى جاء فيها «وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين».

والحوالة عقد، ولذلك ينبغى أن تستكمل شروط انعقاد العقد، من حيث الرضا والمحل والسبب. فيجب أن يتم تكوين العقد عن ارادة كاملة وسليمة من العيب وأن يكون السبب مشروعا.(٦)

أما بالنسبة للمحل فان محل عقد الحوالة هو الالتزام الذى يجرى تحويله. والأصل أن كل التزام قابل للتحويل من شخص إلى آخر. سواء كان هذا الالتزام باعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل. ولكن

---

(٦) من يفرق بين العقد والاتفاق، يقول أن الحوالة اتفاق لانها لا تنشئ التزاما جديدا، ولكنها تحوله فقط إلى شخص آخر، وقد سبق أن ذكرنا في كتابنا، مصادر الالتزام، أنه لا أهمية للتفرقة بين العقد والاتفاق، راجع ص٩.

الغالب أن يكون الالتزام الذى يتم تحويله هو التزام نقدى محله مبلغ من النقـود.

ولكن استـثناء من هذا الأصل فـان بعض الالتـزامـات لا يجـوز تحويلها. وقد نص المشرع على الأصل وعلى الاستثناءات الواردة عليه فى المادة ٣٠٣ التى تقرر أنه «يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، الا اذا حال دون ذلك القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام...».

١- فالقانون لا يجيز حوالة بعض الحقوق لاتصالها الوثيق بشخص صاحبها أو لطابعها الاجتماعى أو الانساني. والمثل البارز على ذلك كل الحقوق التى لا يجوز الحجز عليها. وقد نصت المادة ٣٠٤ مدنى على أنه «لا تجوز حوالة الحق الا بمقدار ما يكون منه قابلا للحجز». ومن الحقوق التى لا تقبل الحجز عليها وبالتالى لا تجوز حوالتها دين النفقة، وكذلك مستحقات العمال والأجراء ومرتبات موظفى الحكومة والعاملين بها. والواقع أنه لو جازت الحوالة بالنسبة لهذه الحقوق لأمكن التحايل على عدم جواز الحجز عليها، اذ يكفى أن يحيل صاحب الحق حقه إلى دائنه فيغنيه هذا عن الحجز على هذا الحق.[٧]

٢- وقد يتفق المتعاقدان على عدم جواز حوالة الحق إلى شخص آخر وفى هذه الحالة يمتنع على الدائن أن يحيل حقه إلى الغير. ومثال ذلك أن يتفق المؤجر على منع المستأجر من حوالة حقه فى

---

(٧) وقد طبق المشرع هذا الحكم في نص المادة ١١٢٥ في رهن الدين مقرراً «وإذا كان الدين غير قابل للحوالة أو للحجز فلا يجوز رهنه». ورهن الدين كما سبق أن ذكرنا هو حوالة للحق على سبيل الرهن، راجع كتابنا في التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ١٤٦، ص٣٧٠ وما بعدها.

الايجار إلى الغير عن طريق التأجير من الباطن، فيتقيد المستأجر بهذا الحظر.(٨)

٣- وقد تستعصى طبيعة الالتزام على الحوالة، اذا كان الالتزام يقوم على رابطة شخصية روعى فيها شخص الدائن، مثال ذلك الالتزام بدفع مصروفات تعليم شخص معين.

٢- شروط نفاذ الحوالة

حوالة الحق تنتج أثرها ليس فقط فى العلاقة بين الدائن القديم والدائن الجديد، بل كذلك فى مواجهة المدين وبالنسبة للغير. وقد وضع المشرع شروطا لنفاذ الحوالة بالنسبة للمدين وبالنسبة للغير ندرسها فيما يلى.

١٨٣- شروط نفاذ الحوالة بالنسبة للمدين:

تنص المادة ٣٠٥ مدنى على أنه «لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلن بها، على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ». ويتضح من هذا النص أن الاجراء الذى يتم به نفاذ الحوالة فى مواجهة المدين هو اعلانه بها أو قبوله لها.

---

(٨) ومع ذلك فقد يجيز المشرع الحوالة رغم اتفاق المؤجر والمستأجر علي عدم جوازها، كما في بيع الجدك، حيث يقرر المشرع في المادة ٢/٥٩٤ مدني «ومع ذلك إذا كان الأمر خاصا بايجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر فللمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع أن تقضي بابقاء الايجار إذا قدم المشتري ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق». راجع كتابنا، عقد الايجار، فقرة ١٦٧، ص٢٧٠ وما بعدها.

١- اعلان الحوالة: اعلان الحوالة للمدين يتم باجراء رسمى عن طريق ورقة من أوراق المحضرين.(٩) ولا يشترط فى هذا الاعلان أى شكل خاص، بل يكفى ذكر البيانات المتعلقة بالحوالة وهى تاريخ الحوالة وطرفيها والالتزام المحال. والذى يقوم بهذا الاعلان هو عادة الدائن الجديد حتى يحفظ حقه فى مواجهة المدين. وقد يقوم به الدائن القديم حتى يحفظ حق الدائن الجديد ويمنعه بالتالى من الرجوع عليه بالضمان. واذا أعلنت الحوالة للمدين فان ذلك يمنعه من التعامل مع الدائن السابق ويفرض عليه أن يوفى بالدين للدائن الجديد. أما قبل الاعلان فان المدين لا يكون قد علم بالحوالة أو بشخص الدائن الجديد ولذلك فان الحوالة لا تكون قد نفذت فى حقه، بل هو يوفى الدين إلى الدائن القديم بغير مسئولية عليه فى مواجهة الدائن الجديد. وإعلان الحوالة جائز فى أى وقت لاحق على ابرامها، بشرط ألا يتأخر ذلك إلى وقت يصبح فيه اعلانها غير ذى فائدة. كما لو أحال الدائن حقه مرتين، وقام الدائن المحال له الثانى باعلان الحوالة الثانية أولا. فان اعلان الحوالة الأولى بعد ذلك لا تكون له فائدة. ويصدق نفس الحكم اذا تأخر اعلان الحوالة إلى أن وقع حجز من الغير على الحق المحال به.

٢- قبول المدين للحوالة: المدين لا يملك رفض الحوالة، ومن ثم فان قبوله لها لا يعنى أنه يوافق عليها ويقرها. ولكن يعنى فقط أنه علم

---

(٩) قضت محكمة النقض بأن «الاعلان الذي تنفذ به الحوالة في حق المدين أو الغير بالتطبيق لحكم المادة ٣٠٥ من القانون المدني هو الاعلام الرسمي الذي يتم بواسطة المحضرين وفقا لقواعد قانون المرافعات ولا يغني عن هذا الاعلان الرسمي مجرد اخطار المدين بكتاب مسجل.. إذ متي رسم القانون طريقاً محددا للعلم فلا يجوز استظهاره إلا بهذا الطريق» (نقض مدني - جلسة ٥ يناير سنة ١٩٧٦، مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٣٩ ق- السنة ٢٧، رقم (٣٧)، ص١٣٢).

بالحوالة وأنها أصبحت نافذه فى حقه. فاذا رفض المدين قبول الحوالة، فما على الدائن القديم أو الجديد الا أن يعلنه على يد مُحضر فتصير نافذة فى حقه كما سبق أن رأينا. وكذلك فان قبول المدين للحوالة لا يعنى اسقاط حقه فى التمسك فى مواجهة الدائن الجديد بالدفوع التى كانت له فى مواجهة الدائن القديم، بل يظل متمسكا بكل حقوقه السابقة. ولا يشترط لنفاذ الحوالة فى حق المدين أن يكون تاريخها ثابتا بشكل رسمي، بل لا يشترط أن يتم هذا القبول فى أى شكل خاص. فهو يجوز أن يكون مكتوبا فى ورقة رسمية أو ورقة عرفية أو أن يتم فى خطاب شفوى. فشرط اثبات التاريخ مطلوب فقط لنفاذ الحوالة فى مواجهة الغير كما سنرى. ويشترط فى قبول المدين للحوالة أن يكون فى وقت لاحق على ابرامها، فالقبول السابق على ابرام الحوالة لا أثر له.[١٠] ويشترط كذلك أن يكون القبول فى وقت سابق على حدوث أى شئ يجعل هذا القبول عديم الفائدة كتوقيع حجز أو اعلان حوالة أخرى.

٣- علم المدين بالحوالة: اذا علم المدين بالحوالة بغير طريق الاعلان الرسمى، أو بغير طريق القبول، فان هذا العلم لا يكفى فى ذاته لنفاذ الحوالة فى حقه بحسب الأصل، لأن المشرع جعل نفاذ الحوالة متوقفا على اتخاذ واحد من اجرائين معينين فلابد من مراعاة ما اشترطه المشرع

(١٠) قضت محكمة النقض بأن «مؤدي نص المادة ٣٠٥ من القانون المدني - علي ألا تكون حواله الحق المدني نافذة قبل المدين إلا إذا قبلها أو أعلن بها - أن القول الذي يعتد به في هذا الخصوص هو ذلك الذي يصدر من المدين وقت الحوالة أو بعدها... أما إذا تضمنت عبارة السند تحويلا للدائن بتحويل الحق موضوع السند لمن يشاء بغير توقف علي رضا المدين فان ذلك لا يعد قبولا بالمعني الذي قصده المشرع بالمادة ٣٠٥» (نقض مدني - جلسة ١٩/١١/١٩٥٩ - مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٢٥ق - السنة ١٠، رقم (١٠٤) ص٦٨٤).

لنفاذ الحوالة. ومع ذلك اذا علم المدين بالحوالة وقام بعد ذلك بتصرف ينطوى على الغش من ناحيته وعلى التواطؤ من ناحية الدائن القديم (المحيل)، كأن قام المدين بالوفاء للدائن القديم رغم علمه بالحوالة، وحصل لنفسه مقابل ذلك على تخفيض لقيمة الدين، فان هذا الوفاء لا يعتد به فى مواجهة الدائن الجديد عملا بقاعدة أن الغش يفسد كل شئ.(١١)

١٨٤- شروط نفاذ الحوالة بالنسبة للغير:

تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير باعلانها للمدين أو بقبوله لها قبولا ثابت التاريخ. فاعلان الحوالة بالطريق الرسمى يؤدى إلى نفاذها فى مواجهة المدين وفى مواجهة الغير فى نفس الوقت. وقبول المدين للحوالة غير ثابت التاريخ يؤدى إلى نفاذها فى مواجهة المدين دون الغير. أما اذا كان تاريخ القبول ثابتا فانها تكون نافذة فى مواجهة المدين والغير فى نفس الوقت.(١٢)

والمقصود بالغير، ليس هو كل شخص أجنبى لا علاقة له بأطراف الحوالة. فهذا الشخص لا تعنيه الحوالة ولا يؤثر فيه نفاذها. ولكن المقصود بالغير هو كل شخص يضار من نفاذ الحوالة. ومن هذا القبيل أن يحيل الدائن حقه إلى أكثر من دائن جديد، فيصبح كل واحد من هؤلاء فى حكم الغير بالنسبة للآخر. ومثال ذلك أن يرهن الدائن حقه لشخص ويبيعه لشخص آخر، فيصبح كل من المحال له المشترى، والمحال له المرتهن من الغير بالنسبة للآخر.

---

(١١) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ١٠٨٠، ص١٠٧٥؛ سليمان مرقس، ص٧٨١ هامش١.

(١٢) راجع في اثبات التاريخ، ما سبق، فقرة ٤٤، ص١٠٨.

١٨٥- اجراءات أخري لنفاذ بعض أنواع الحقوق:

يشترط القانون زيادة على الاجراءات السابق ذكرها، بعض الاجراءات الخاصة بالنسبة لبعض أنواع الحقوق. فاذا كان الحق ثابتا فى سند اسمى كسندات قرض عام أو خاص أو أسهم شركة خاصة، أو فى سند اذنى كالكمبيالة والسند الاذنى، فان حوالته ينبغى أن تتم بالشكل المبين فى القانون التجارى. فالسندات الاسمية تتم حوالتها بقيد فى سجلات المؤسسة التى صدرت منها هذه السندات، وكذلك بالتأشير على صك السند ذاته، وتصبح الحوالة نافذة من وقت اتخاذ هذه الاجراءات. والسندات الاذنية كالكمبيالة مثلا، تتم حوالتها عن طريق تظهيرها أى بكتابة على ظهر الورقة تفيد حوالتها. أما السندات لحاملها كالشيكات فقد أدمج القانون الحق فى الصك ذاته واعتبرها لذلك فى حكم المنقولات المادية التى يتم ترتيب الحقوق عليها بمجرد تسليم الصك ذاته إلى المحال له.(١٣)

٣- آثار الحوالة

١٨٦- تعدد العلاقات:

تظهر آثار الحوالة فى ثلاث علاقات هى علاقة المحال له بالمحيل، وعلاقة المحال له بالمحال عليه، وعلاقة المحيل بالمحال عليه، وندرس هذه العلاقات فيما يلى.

(١٣) راجع كتابنا في التأمينات الشخصية والعينية، رهن الدين، فقرة ١٤٦، ص٣٧٠ وما بعدها.

أ- علاقة المحيل بالمحال له

الأثر الهام للحوالة والذى يظهر فى علاقة المحيل بالمحال له، هو انتقال الحق المحال به من الأول إلى الثانى، مع التزام المحال بالضمان فى مواجهة المحال له.

١٨٧- انتقال الحق المحال به من المحيل إلي المحال له:

يترتب على حوالة الحق انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له فور انعقاد الحوالة. ولا يتأخر ترتيب هذا الأثر إلى وقت نفاذ الحوالة فى مواجهة المدين أو بالنسبة للغير. والحق الذى ينتقل إلى المحال له هو نفس حق المحيل قبل المحال عليه. ويعنى ذلك أن الحق ينتقل بمقداره وخصائصه وتوابعه وضماناته. فالمحال له يكتسب نفس مقدار الحق ولو كان قد دفع للمحيل ثمنا أقل من هذه القيمة كما هو الغالب فى العمل. والمحال له يكتسب الحق بخصائصه كما لو كان الدين تجاريا أو مدنيا. والحق ينتقل إلى المحال له بتوابعه، كالفوائد فهى تستحق للمحال له كما كانت تستحق للمحيل. والحق ينتقل للمحال له بضماناته كما لو كان الحق مضمونا بكفالة أو كان التزاما تضامنيا أو غير قابل للانقسام، أو كان مضمونا برهن رسمى أو رهن حيازى أو غير ذلك من التأمينات العينية.[١٤] ومن الضمانات التى تنتقل كذلك الدعاوى التى تكون للمحيل قبل المحال عليه كدعوى الفسخ لعدم دفع ثمن البيع. وأخيرا فان الحق ينتقل إلى المحال له بالدفوع الواردة عليه. وسنرى ذلك عند دراستنا

---

(١٤) قضت محكمة النقض بأن «ينتقل الحق المحال به - وعلي ما جري عليه قضاء هذه المحكمة - بالحوالة من المحيل إلي المحال له بصفاته ودفوعه كما تنتقل معه توابعه ومنها الدعاوي التي تؤكده..» (نقض مدني جلسة ١٩٧٨/٥/١٦ - مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ٢٠٠ لسنة ٤٥ق - السنة ٢٩ رقم ٢٤٧، ص١٢٦١).

للعلاقة بين المحال له والمحال عليه. وقد أجمل المشرع الأحكام السابقة فى المادة ٣٠٧ التى تنص على أن «تشمل الحوالة الحق وضماناته، كالكفالة والامتياز والرهن، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط».

واذا كان الحق ينتقل إلى المحال له من وقت انعقاد الحوالة فانما يكون ذلك فى العلاقة بين المحيل والمحال له. فمنذ ذلك الوقت يجب على المحيل أن يمتنع عن كل عمل من شأنه الاضرار بالمحال له، كحوالة الحق مرة أخرى أو رهنه أو استيفاء قيمته من المحال عليه. ويتعين عليه اذا دفع له المحال عليه الدين أن يرد ما استوفاه إلى المحال له. واذا هو قصر فى شئ من هذا القبيل فانه يكون مسئولا فى مواجهة المحال له، ولو كانت الحوالة بغير عوض، ولو كان قد اشترط عدم الضمان.

١٨٨- التزام المحيل بضمان الحق المحال به للمحال له:

المحيل مسئول عن أفعاله الشخصية فى مواجهة المحال له، وهو ضامن أيضا لوجود الحق المحال به ضمانا يختلف بحسب ما اذا كانت الحوالة بعوض أو بغير عوض.

١- مسئولية المحيل عن أعماله الشخصية: تنص المادة ٣١١ مدنى على أن «يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان».[١٥] وقد سبق أن رأينا

---

(١٥) قضت محكمة النقض بأنه «ويستوي في ذلك أن تكون الحوالة بعوض أو بغير عوض ولو اشترط المحيل عدم الضمان، وذلك أن مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية تعتبر مسئولية تقصيرية لا يجوز الاتفاق علي التحلل منها أو تعديلها» (نقض ١٩٧٩/٦/٢٥، طعن ٤٤٠ لسنة ٤٥ قضائية، منشور في محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص١٠٠٣).

أنه يجب على المحيل أن يمتنع من وقت ابرام الحوالة عن كل تصرف يتعلق بالحق المحال به كحوالته مرة أخرى أو رهنه أو استيفاء قيمته. واذا هو فعل شيئا من هذا كان للمحال له أن يرجع عليه بقيمة الحق المحال به كله مع فوائده وملحقاته. وليس فقط بالثمن الذى دفعه هو مقابل هذا الحق.

٢- اذا كانت الحوالة بعوض: تنص المادة ١/٣٠٨ على أنه «اذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل الا وجود الحق المحال به وقت الحوالة، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك». ويصدق هذا النص على الحالة التى لا يكون فيها المحيل متبرعا بالحق للمحال له بل نقله له مقابل عوض اقتضاه منه. وفى هذه الحالة فانه يكون ضامنا لوجود الحق وقت الحوالة. ويكون بالتالى مسئولا أمام المحال له اذا لم يكن الحق المحال به موجودا وقت الحوالة. ويعتبر الحق غير موجود وقت الحوالة، اذا كان وجوده قد تقرر بمقتضى سند تقرر بطلانه. أو كان قد انقضى قبل الحوالة بالوفاء أو التجديد أو المقاصة أو الابراء أو التقادم أو غير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام. هذا هو الأصل ولكن يجوز التعديل فيه باتفاق المتعاقدين سواء بالتخفيف من الضمان أو بالتشديد فيه. ومن صور التخفيف أن يتفق على عدم ضمان المحيل لتوابع الحق أو لضماناته. وقد يصل التخفيف إلى درجة الاعفاء من كل مسئولية عن وجود الحق طالما أن سبب المساس بالحق لا يرجع إلى أعمال المحيل الشخصية اللاحقة لانعقاد الحوالة.[١٦] وعلى العكس قد يتفق على

---

(١٦) لأن مسئولية المحيل في هذه الحالة تكون تقصيرية لا يجوز الاتفاق علي الاعفاء أو التخفيف منها، راجع الهامش السابق وحكم النقض.

التشديد فى مسئولية المحيل بجعله مسئولا ليس فقط عن وجود الحق المحال به وقت الحوالة، بل كذلك عن يسار المحال عليه وقدرته على الوفاء.

وقد نظم المشرع هذه المسألة فى المادة ٣٠٩ مدنى التى تقرر أنه «(١) لا يضمن المحيل يسار المدين الا اذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان. (٢) واذا ضمن المحيل يسار المدين، فلا ينصرف هذا الضمان الا إلى اليسار وقت الحوالة، ما لم يتفق على غير ذلك». فالأصل أن المحيل لا يضمن له أنه سيجد المحال عليه موسرا عندما يرجع عليه بالحق المحال له. ولكن يجوز مع ذلك الاتفاق على هذا النوع من الضمان. واذا أطلق لفظ اليسار دون تحديد فانه ينصرف فقط إلى يسار المدين وقت الحوالة اذ المفروض ألا يعلم المحيل أو يضمن ما سيكون عليه حال المدين فى المستقبل. ومع ذلك فيجوز الاتفاق على أن يضمن المحيل يسار المدين وقت رجوع المحيل عليه.

واذا تحقق ضمان المحيل فى أى فرض من الفروض السابقة فان المحال له لا يرجع عليه بقيمة الحق المحال به وملحقاته كما هو الشأن فى ضمان المحيل لأفعاله الشخصية، ولكن يرجع عليه المحال له بالعوض الذى دفعه له مع فوائده القانونية والمصروفات. وقد نص المشرع على هذا الحكم فى المادة ٣١٠ التى تنص على انه «اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين فلا يلزم المحيل الا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك». فلو كان المحال له قد دفع للمحيل ألفا. فهو يرجع عليه بهذا القدر مع فوائده بالسعر القانونى من وقت الدفع، مع المصروفات التى أنفقها فى ابرام

الحوالة ثم فى مطالبة المدين ثم فى الرجوع بالضمان على المحيل. ولا يجوز الرجوع بأكثر من ذلك ولو وجد اتفاق على عكسه.(١٧) ولكن يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان بجعله قاصرا على أصل المبلغ دون الفوائد والمصروفات، أو حتى عدم الضمان اطلاقا، اذا من الجائز أن يشترط المحيل عدم التزامه بالضمان وقد سبق أن ذكرنا ذلك.

٣- الحوالة بغير عوض: تنص المادة ٣٠٨/٢ مدنى على أنه «اذا كانت الحوالة بغير عوض، فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق». ويستند هذا الحكم إلى قواعد العدالة. والفرض الذى ينطبق عليه خاص بحالة ما اذا كان المحيل قد تبرع بالحوالة إلى المحال له، فاذا تبين بعد ذلك أن الحق غير موجود وقت الحوالة، فان المحال له لا يكون قد خسر شيئا من ماله حتى يرجع به على المحيل. فلا يكون المحيل ضامنا لوجود الحق وقت الحوالة. ولكن سبق أن رأينا أنه يكون مسئولا عن أفعاله الشخصية اللاحقة لابرام الحوالة، ولو كانت الحوالة بغير عوض. ومن ناحية أخرى اذا تعمد المحيل اخفاء سبب ضياع الحق، وترتب على ذلك ضرر للمحال له، كأن يكون قد اعتمد على الحق المحال له فى ابرام صفقة أو أي شئ من هذا القبيل، فانه يستحق فى هذه الحالة تعويضا عادلا يقدره القاضى (م٤٩٤/١ مدنى).(١٨)

---

(١٧) وقد أريد بهذا الحكم كما يقول الدكتور السنهوري قطع الطريق علي المضاربين. الوجيز. ص١٠٨٢، هامش ٢.

(١٨) تنص المادة ١/٤٩٤ مدني علي أن «لا يضمن الواهب استحقاق الشئ الموهوب، إلا إذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض. وفي الحالة الأولي يقدر القاضي للموهوب له تعويضا عادلا عما أصابه من ضرر. وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق الا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض. كل هذا ما لم يتفق علي غيره».

ب- علاقة المحال له بالمحال عليه

١٨٩- قبل نفاذ الحوالة:

الأصل ألا تنشأ أى علاقة بين المحال له والمحال عليه قبل نفاذ الحوالة فى حق المحال عليه عن طريق اعلانه بها أو قبوله لها. فقبل ذلك لا يكون المحال عليه ملزما الا فى مواجهة المحيل وهو الدائن الأصلى. وكل وفاء يقوم به للمحيل يكون مبرئا لذمته. ومع ذلك فقد أجاز المشرع للمحال له أن يتخذ الاجراءات التحفظية ولو قبل نفاذ الحوالة. وقد جاء هذا الحكم فى المادة ٣٠٦ التى تنص على أنه «يجوز قبل اعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الاجراءات ما يحافظ به على الحق الذى انتقل إليه».

ومن قبيل الاجراءات التحفظية أن يقوم المحال له بقطع التقادم الذى أوشك أن يكتمل بالنسبة للحق المحال به. وهو قد يقطع التقادم عن طريق مطالبة المحال عليه قضائيا وبهذا الاجراء ينقطع التقادم وفى نفس الوقت يتم اعلان الحوالة ونفاذها. والتقادم قد ينقطع عن طريق حصول المحال له على اقرار من المحال عليه بالدين. والاقرار بالدين قد لا يقترن بقبول الحوالة فيؤدى إلى قطع التقادم دون نفاذ الحوالة فى حق المدين المحال عليه. ومن الاجراءات التحفظية التى يجوز للمحال له أن يقوم بها قبل نفاذ الحوالة، توقيع حجز تحفظى لدى مدين المحال عليه أو قيد رهن ضامن للحق المحال به أو تجديد هذا القيد ... الخ.[١٩]

---

(١٩) والاجراءات التحفظية يجوز أن يقوم بها المحيل أيضا لأنه لازال هو الدائن الأصلي للمحال عليه. وهكذا بالنسبة للاجراءات التحفظية يوجد دائنان للمحال عليه هما المحيل والمحال له.

ومن ناحية أخرى فانه رغم عدم نفاذ الحوالة فى حق المدين (المحال عليه)، فانه يجوز لهذا الأخير أن يوفى بالدين للمحال له ويعتبر ذلك وفاء صحيحا مبرئا لذمته منطويا فى نفس الوقت على قبول ضمنى للحوالة. ولكن اذا وفى المحال عليه بالدين للمحيل فان هذا الوفاء يكون صحيحا ومبرئا لذمته بشرط ألا يتعمد الاضرار بالمحال له عن طريق التواطؤ مع المحيل. فالمحال عليه محظور بالنسبة له الغش والتواطؤ اضرارا بالمحال له، حتى قبل نفاذ الحوالة فى حقه.[٢٠]

١٩٠- بعد نفاذ الحوالة:

بمجرد نفاذ الحوالة فى حق المحال عليه فان الحق يكون قد انتقل من المحيل إلى المحال له فى مواجهة المحال عليه. ويصبح لهذا الأخير دائن واحد هو المحال له. ويمتنع عليه بالتالى أن يوفى بالدين للمحيل وهو الدائن الأول. ويحق للمحال له أن يقتضى الحق من المحال عليه. والحق الذى ينتقل هو نفس حق المحيل بصفاته وملحقاته وتوابعه وضماناته ودفوعه كما سبق أن ذكرنا. ونكتفى فى هذا المقام بايضاح ما يتعلق بالدفوع فالأمر فيها يتعلق أكثر ما يكون بالعلاقة بين المحال له والمحال عليه. وقد نص المشرع على حكمها فى المادة ٣١٢ التى تقرر أن «للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة».

(٢٠) ويلتزم المحال عليه عدم الاضرار بالمحال له، فلا يجوز له الوفاء للمحيل علي سبيل الغش والتواطؤ، أما إذا أجبره المحيل علي الوفاء له فلا يكون المحال عليه مسئولا في مواجهة المحال له، لأن الفرض أن الحوالة لم تصبح نافذة في حقه بعد.

وطبقا لهذا النص فان للمدين (المحال عليه) أن يتمسك بنوعين من أنواع الدفوع فى مواجهة الدائن الجديد (المحال له).

١- يجوز للمدين أن يتمسك بكل الدفوع المتعلقة بالحق وقت نفاذ الحوالة فى حقه أى وقت اعلانه بالحوالة أو وقت قبوله لها. كأن يتعلق الدفع ببطلان الالتزام أو فسخه أو انقضائه لأى سبب من أسباب انقضاء الالتزام كالوفاء أو التقادم أو الابراء ... الخ.[٢١] ويجوز التمسك بأى دفع من هذه الدفوع ولو نشأ سبب الدفع فى الفترة ما بين انعقاد الحوالة ونفاذها، اذ العبرة بالنسبة للمدين (المحال عليه) بوقت نفاذ الحوالة فى حقه. فهو لو كان قد وفى بالالتزام للمدين الأول (المحيل) بعد انعقاد الحوالة وقبل نفاذها، كان وفاؤه مبرئا لذمته فى مواجهة الدائن الجديد (المحال له) وقد سبق أن ذكرنا ذلك من قبل.

٢- ويجوز للمدين كذلك أن يتمسك بالدفوع الناشئة عن عقد الحوالة ذاته، لأن كل آثار الحوالة، ومنها انتقال الحق من المحيل إلى المحال له فى مواجهة المحال عليه تنشأ عن هذا العقد. فاذا كان هذا العقد باطلا جاز للمدين أن يتمسك بهذا البطلان، باعتباره صاحب مصلحة فى التمسك بالبطلان وهذا ما تقضى به القواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص.[٢٢]

---

(٢١) قضت محكمة النقض بأن «فيجوز للبائع أن يتمسك قبل من حول له المشتري حقوقه ببطلان البيع لانه صدر منه وهو ناقص الأهلية». (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٥٥، مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ٣٤٠ لسنة ٢١ق، س٦، رقم (٧٦) ص٥٩٤).

(٢٢) واذا كان سبب البطلان مقررا لمصلحة المحيل وحده، فلابد من ادخاله في الدعوي لمعرفة ما اذا كان يريد أن يتمسك بالبطلان أم أنه يريد اجازه العقد القابل للابطال.

جـ- علاقة المحيل بالمحال له

١٩١- قبل نفاذ الحوالة وبعد نفاذها

سبق أن رأينا أنه قبل نفاذ الحوالة فى حق المدين (المحال عليه)، لا يوجد بالنسبة له الا دائن واحد هو الدائن الأول (المحيل)، ويحق لكل من الطرفين أن يتصرف على هذا الأساس. فيحق للمحيل أن يطالب المحال عليه بالدين، وأن يجبره على ذلك، ولا يستطيع المحال عليه دفع هذه المطالبة الا عن طريق المبادرة بقبول الحوالة، فتصبح بالتالى نافذة فى حقه. ومن ناحية أخرى يجوز للمدين أن يوفى بالدين لدائنه الأول ويعتبر هذا الوفاء مبرئا لذمته فى مواجهته وفى مواجهة المحال له.[٢٣]

وكذلك يجوز للمحيل قبل نفاذ الحوالة أن يحول الحق مرة أخرى لدائن آخر أو أن يرهنه. وقد تصبح الحوالة الثانية نافذة قبل الحوالة الأولى وهو ما سندرسه فيما بعد. ويجوز لدائنى المحيل أن يوقعوا حجزا على حق المحيل قبل المحال عليه ولا يعتد بالحوالة في مواجهة الحاجزين ولو تم اعلانها بعد توقيع الحجز.

أما اذا أصبحت الحوالة نافذة فى حق المدين (المحال عليه)، فانه يصبح ملتزما فى مواجهة دائن واحد هو المحال له. أما الدائن السابق (المحيل) فانه يصبح أجنبيا عن الدين لا يجوز له المطالبة باستيفائه، وكل وفاء له لا يبرئ ذمة المدين فى مواجهة الدائن الجديد (المحال له).

---

(٢٣) بشرط الا يتم الوفاء بطريق الغش والتواطؤ للاضرار بحق المحال له.

١٩٢- التزاحم بين أكثر من محال له:

تنص المادة ٣١٣ على أنه «اذا تعددت الحوالة بحق واحد، فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير». وينطبق هذا النص على الحالة التى يحول فيها الدائن حقه إلى شخص أول ثم يحوله بعد ذلك إلى شخص ثان أو إلى شخص ثالث وهكذا. ومن الجائز أن تكون الحوالة فى كل الفروض من نوع واحد كبيع مثلا أو رهن. ومن المتصور أن تكون من أنواع مختلفة، كبيع ورهن وهبة ووفاء بمقابل. وحكم هذه المسألة هو أن الدائن الذى يفضل على غيره من الدائنين هو الذى نفذت حوالته قبل غيره عن طريق اعلانها للمدين أو الحصول منه على قبول ثابت التاريخ. ولا يعتد فى هذا الشأن بتاريخ انشاء الحوالة، فقد تفضل حوالة نشأت أخيرا على حوالة نشأت أولا، اذا كانت الحوالة المتأخرة فى النشأة أسبق فى النفاذ.(٢٤)

١٩٣- التزاحم بين المحال له والدائنين الحاجزين:

تنص المادة ٣١٤ مدنى على أنه «(١) اذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر. (٢) وفى هذه الحالة، اذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة فى حق الغير، فان الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة». وقد تضمن هذا النص حكما لفرضين من فروض التزاحم المتصورة بين المحال له

---

(٢٤) واذا حول الدائن جزءاً من حقه إلي أكثر من محال، وكانت الحقوق المحال بها لا تزيد في مجموعها عن حق الدائن المحيل. فلا يوجد في هذه الحالة تزاحم بين المحال لهم.

والدائنين الحاجزين، ولكنه أغفل الحكم المتعلق بفرض ثالث وذلك لوضوحه. فهناك اذن فروض ثلاثة لكل منها حكم خاص، وهو ما نذكره فيما يلى.

١- الفرض الأول: التزاحم بين الدائن المحال له وبين الدائن الحاجز المتأخر: لم ينص المشرع على حكم هذا الفرض لوضوحه. فاذا قام الدائن الجديد (المحال له) بإعلان الحوالة أو حصل على قبول ثابت التاريخ لها من المدين، ثم قام بعد ذلك دائن آخر للمحيل بالحجز تحت يد المحال عليه على الحق المحال به، فانه يكون قد وقع حجزا متاخرا على حق لم يعد فى ذمة مدينه وهو المحيل، بل أصبح فى ذمة شخص آخر هو المحال له، ولذلك لا يعتد بهذا الحجز فى مواجهة المحال له لأنه جاء متأخرا بعد نفاذ الحوالة، ويستأثر المحال له بكل الحق المحال به دون الدائن الحاجز المتأخر.

٢- الفرض الثانى: التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز المتقدم: ويتحقق هذا الفرض اذا قام أحد دائنى المحيل بالحجز تحت يد المحال عليه، قبل أن تصبح الحوالة نافذة بالنسبة للغير، ثم قام بعد ذلك المحال له باعلان الحوالة إلى المحال عليه بما يجعلها نافذة فى مواجهة الغير. فى هذه الحالة جاء نفاذ الحوالة متأخرا بعد نفاذ الحجز. وقد اعتبر المشرع أن المحال له وهو دائن للمحيل بالضمان فى حكم من قام بتوقيع حجز ثان على أساس اعتبار الحوالة ذاتها بمثابة حجز ثان. ونظرا لأن المبدأ المقرر هو المساواة بين الدائنين الحاجزين لا فرق بين حاجز متقدم وآخر متأخر، فيؤدى ذلك إلى المساواة بين الدائن الحاجز المتقدم وبين المحال له المتأخر وهو الذى اعتبر حاجزا متأخرا. فاذا لم يكن المال المحجوز عليه كافيا لوفاء حق كل منهما، فانه يقسم بينهما قسمة غرماء كل بقدر قيمة حقه.

٣- الفرض الثالث: حوالة بين حجزين:[٢٥] ويتحقق هذا الفرض باضافة عنصر ثالث إلى الفرض الثانى السابق ذكره، وهو أن يوقع حجز متقدم ثم تعلن حوالة حق فتصبح نافذة، ثم يوقع بعد ذلك حجز متأخر. فهناك اذن حجز متقدم وحجز متأخر وحوالة تقع بينهما. وتأتى الدقة فى هذا الفرض من أن القانون يعتبر الحجز الأول مساويا فى القيمة للحوالة التالية له ومساويا أيضا للحجز المتأخر. فالحجز الأول مساو فى القيمة للحوالة التالية له على أساس اعتبارها هى بمثابة حجز ثان كما سبق أن رأينا. وهو مساو فى القيمة للحجز المتأخر لأن كل الحجوز تتساوى فى القيمة بغض النظر عن الأسبقية فى توقيع أى منها. ولكن من ناحية أخرى - وهنا وجه الصعوبة - فان المشرع يعتبر الحوالة مفضلة على الحجز المتأخر لأنها أصبحت نافذة قبل توقيعه. أى أن الحوالة تتساوى مع الحجز المتقدم وتفضل الحجز المتأخر، بينما يتساوى الحجز المتقدم معها ومع الحجز المتأخر. ولحل هذه الصعوبة فقد وضع القانون حكما تشريعيا مؤداه أن توزيع المال يتم على مرحلتين، الأولى يقسم فيها قسمة غرماء بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر، والثانية يعاد فيه التقسيم بين المحال له وبين الحاجز المتأخر بحيث يأخذ المحال له ما يستكمل به حقه من نصيب الحاجز المتأخر. فاذا فرضنا أن حق كل من هؤلاء الأشخاص الثلاثة هو ٣٠٠ بينما كان الحق الذى يتقاسمونه هو ٦٠٠ فان كل منهم يحصل فى توزيع أول على ٢٠٠ وهو نصيب كل منهم فى قسمة الغرماء. ثم يحصل المحال له على ١٠٠ أخرى يستكمل بها حقه وهو ٣٠٠ من نصيب الحاجز المتأخر الذى يصبح بعد ذلك ١٠٠ فقط، فيكون التوزيع النهائى هو ٢٠٠: ٣٠٠: ١٠٠.

---

(٢٥) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ١١٠١، ص١٠٩٤؛ أنظر أيضا مسألة مشابهة عندما يتم قيد الرهن الرسمي بين حجزين، كتابنا التأمينات الشخصية والعينية، ص٢٣٢

الفصل الثاني
حوالة الدين

١٩٤- تعريف حوالة الدين:

حوالة الدين هى الجانب المقابل لحوالة الحق، فهى انتقال الالتزام من جانب المدين. فيظل الدائن كما هو ولكن شخص المدين هو الذى يتغير. والمدين الجديد يسمى المحال عليه. ولم يعط المشرع أسماء جديدة للدائن أو للمدين السابق، فهناك فى حوالة الدين ثلاثة أطراف هم الدائن والمدين والمحال عليه وهو المدين الجديد.

وحوالة الدين لها تطبيقات عملية كثيرة. كالمستأجر الذى يتنازل عن الايجار لغيره انما يتنازل عن حقه فى الايجار وكذلك يحيل التزاماته قبل المؤجر وأهمها الالتزام بدفع الأجرة. ومالك العقار المرهون الذى يبيعه بما عليه من دين، انما يحيل إلى المشترى الدين الذى يثقل العقار المبيع. ومالك المحل التجارى الذى يبيعه للغير، ينقل فى نفس الوقت إلى المشترى الحقوق المتعلقة بهذا المحل وكذلك الالتزامات التى يتحملها.[٢٦] وندرس حوالة الدين بنفس الطريقة التى درسنا بها حوالة الحق فندرس أولا شروط انعقادها ثم شروط نفاذها ثم آثارها.

---

(٢٦) في كل الأمثلة التي ذكرناها، تتم حوالة الدين، ضمن حوالة العقد في مجموعه. ولكن لا مانع بالطبع أن تتم حوالة الدين بصفة مستقلة. والقانون الفرنسي لا يعرف حوالة الدين إلا ضمن حوالة العقد في مجموعه، راجع، مارتي ورينو، جـ٢، ص٨٠٨.

١- شروط انشاء حوالة الدين

١٩٥- الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه:

تنص المادة ٣١٥ على أنه «تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين». ويخضع هذا الاتفاق للقواعد العامة فى نظرية العقد من حيث شروط تكوين العقد وصحة الارادة، وأحكام المحل والسبب. ومحل عقد الحوالة هو الدين الذى تتم حوالته. وكل دين يصلح أن يكون محلا للحوالة. وسبب عقد الحوالة هو الغرض الذى تتم الحوالة من أجله. ويشترط أن يكون هذا الغرض مشروعا. ويبدو من المادة ٣١٥ السابق ذكرها أن الحوالة تتم بين المدين الأصلى والمدين الجديد (المحال عليه) دون حاجة إلى اشتراك الدائن فى ابرامها. ومع ذلك فان تغيير شخص المدين له أهمية خطيرة بالنسبة للدائن. فشخص المدين هو الذى يحدد قيمة الالتزام. فعلى شخص المدين ودرجة يساره تتوقف كل الاحتمالات المتعلقة بالوفاء بالالتزام. ولذلك فان بعض القوانين كالقانون الألمانى يجعل حوالة الدين تتم بين الدائن والمدين الجديد دون تدخل من المدين الأصلى. وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الحكم أيضا ولكن بصفة احتياطية وذلك مراعاة للتناسق المنطقى بن حوالة الحق وحوالة الدين.[٢٧] فاذا كانت حوالة الحق تتم باتفاق بين الدائن الأصلى والدائن الجديد كما رأينا من قبل، فان المنطقى أن حوالة الدين تتم باتفاق بين المدين الأصلى

(٢٧) قضت محكمة النقض بأنه «مفاد المواد ٣١٥، ٣١٦، ٣٢١ من القانون المدني أن حوالة الدين تتحقق اما باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه الذي يصبح بمقتضاه مدينا بدلا منه ولا ينفذ في مواجهة الدائن بغير اقراره، واما باتفاق بين الدائن والمحال عليه بغير رضا المدين الأصلي». (نقض مدني - ١٩٧٨/٤/١٩ - مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ٦٠٦ لسنة ٤٣ق - س٢٩، رقم ٢٠٤، ص١٠٣١).

والمدين الجديد. ولكن مراعاة لحق الدائن فى حوالة الدين فان الحوالة لا تكون نافذة بالنسبة له الا اذا أقرها. واشتراط اقرار الدائن للحوالة حتى تنفذ فى حقه ينفى كل شبهة ضرر يمكن أن تلحق به من حوالة لم يشترك فى ابرامها. وسندرس نفاذ الحوالة فيما بعد.

١٩٦-الاتفاق بين الدائن وبين المدين الجديد (المحال عليه):

تنص المادة ٣٢١ على أنه «(١) يجوز أيضا أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلى فى التزامه. (٢) وتسرى فى هذه الحالة أحكام المادتين ٣١٨ و ٣٢٠».

وتنص هذه المادة على الصورة الثانية للاتفاق الذى يجوز أن تتم به حوالة الدين. وفى هذه الصورة لا يشترك المدين الأصلى اطلاقا. بل تتم الحوالة بين الدائن وبين المدين الجديد. فالدائن وافق على حلول شخص آخر محل المدين الأصلى. وهذا الشخص الآخر قد وافق بدوره على أن يتحمل بالدين بدلا من المدين الأصلى، فلا تكون هناك حاجة لموافقة المدين الأصلى على مثل هذا الاتفاق. بل ولا تجوز منه المعارضة. لأن القاعدة هى جواز وفاء الدين من غير المدين ودون علمه أو رغم معارضته (م٣٢٣). وحوالة الدين أقل درجة من الوفاء به فعلا. فاذا جاز الأكثر جاز الأقل. واذا تمت حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمدين الجديد فانها تكون نافذة بمجرد انعقادها ولا يشترط فى نفاذها أن تعلن إلى المدين الأصلى أو أن يوافق عليها. والسبب فى هذا الحكم واضح، فالمدين الأصلى لا يملك شيئا ازاء الحوالة فلا حاجة إلى قبوله ولا أهمية لرفضه.

فلا تكون هناك فائدة لاعلانه بالحوالة بل تصبح الحوالة نافذة فى حقه بمجرد انعقادها.

ولكن يترتب على عدم اشتراك المدين الأصلى اطلاقا فى انشاء الحوالة فى هذه الصورة الثانية، اختلاف بعض آثار الحوالة عنها فى الصروة الأولى التى تتم الحوالة بالعقد الذى يبرمه المدين الأصلى مع المدين الجديد. ويظهر ذلك فى أمرين هما: ١- اذا اشترك المدين الأصلى فى ابرام الحوالة فان للمدين الجديد أن يرجع عليه بمقتضى العقد القائم بينهما، أما اذا لم يشترك المدين الأصلى فى ابرام الحوالة، فان رجوع المدين الجديد عليه بما وفاه للدائن لا يستند إلى عقد وانما إلى القواعد العامة فى الاثراء بلا سبب. ٢- المدين الأصلى عندما يبرم عقد الحوالة مع المدين الجديد انما يضمن للدائن يسار المحال عليه، بينما هو لا يضمن ذلك اذا تمت الحوالة دون أن يشترك فى ابرامها. وسيتضح ذلك أكثر عند دراستنا لآثار الحوالة.

٢- نفاذ حوالة الدين في حق الدائن

١٩٧- شرط اقرار الدائن:

تنص المادة ٣١٦ على انه «(١) لا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن الا اذا أقرها. (٢) واذا قام المحال عليه أو المدين الأصلى باعلان الحوالة إلى الدائن، وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الاقرار، أعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة». ويتضح من هذا النص أن الحوالة لا تكون نافذة فى حق الدائن قبل اقراره لها. وهذا الحكم خاص بالصورة الأولى لانعقاد الحوالة وهى التى تتم فيها الحوالة

بين المدين الأصلى والمحال عليه. أما فى الصورة الثانية التى تتم فيها الحوالة بين الدائن والمحال عليه فمن غير المعقول أن يشترط اقرار الدائن للحوالة وهو الذى اشترك فى ابرامها. أما فى الصورة الأولى فالنص يقتضى اقرار الدائن للحوالة حتى تنفذ فى حقه وليس فقط مجرد اعلانه بها. ويكفى اقرار الدائن للحوالة حتى ولو لم يعلن بها، اذا علم هو بها وأقرها من تلقاء نفسه.[٢٨] والاقرار تعبير بالارادة المنفردة للدائن، وهو لا ينتج أثره الا من الوقت الذى يصل فيه إلى من وجه اليه سواء كان هو المدين الأصلى أو المدين الجديد.

وقد لا يقر الدائن الحوالة من تلقاء نفسه، فيقوم المدين الأصلى أو المحال عليه باعلان الحوالة للدائن ويطلب منه أن يبدى رأيه فى أجل معقول يحدده له. ويخضع هذا التحديد لرقابة القاضى. ولكن امعانا من القانون فى حماية ارادة الدائن فانه لا يعتبر مرور هذا الأجل بمثابة قبول للحوالة بل اعتبره بمثابة رفض لها. فالقبول لابد أن يكون صريحا لا يستخلص من مجرد السكوت عن الرد.

والدائن لا يجبر على قبول الحوالة مهما كانت الظروف، حتى ولو كان المدين الجديد أكثر يسارا من المدين الأصلى. فالدائن لا يجبر على تحسين مركزه. ومع ذلك فقد عدل المشرع فى الأحكام السابقة بالنسبة لحالة معينة بالذات وهى الخاصة ببيع عقار مرهون مع حوالة الدين

---

(٢٨) تنص المادة ٤١٥ من التقنين المدني الألماني علي أن الدائن لا يجوز له أن يقر الحوالة إلا بعد أن يعلن بها، حتي يبقي مصير الحوالة في يد المدين الأصلي والمحال عليه. فيستطيع العدول عنها أو التعديل فيها، قبل اعلانها للدائن. راجع، السنهوري، الوجيز، ص١٠٩٩، هامش ٢

المضمون بهذا الرهن للمشترى.[٢٩] وقد نصت على هذا الحكم الخاص المادة ٣٢٢ مدنى، وهى تقرر أنه «(١) لا يستتبع بيع العقار المرهون رهنا رسميا انتقال الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشترى الا اذا كان هناك اتفاق على ذلك. (٢) فاذا اتفق البائع والمشترى على حوالة الدين، وسجل عقد البيع، تعين على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لا يجاوز ستة أشهر، فاذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى أعتبر سكوته اقرارا».

والحالة الواردة فى هذا النص، من أهم حالات حوالة الدين فى المعاملات بين الناس. فمالك العقار المرهون الذى يبيعه لشخص آخر انما ينقل ملكيته اليه مثقلة بالرهن. ومن مصلحة الطرفين أن ينقل أيضا اليه الدين المضمون بهذا الرهن خصما من ثمن البيع. فاذا أتفق على ذلك تكون حوالة الدين قد تمت بين المدين الأصلى والمدين الجديد. وهى لا تصبح نافذة فى حق الدائن الا اذا أقرها. فاذا تم تسجيل البيع وأعلنت الحوالة رسميا للدائن فيتعين عليه أن يحدد موقفه بالقبول أو الرفض. وقد أعطاه المشرع مدة معقولة لاتخاذ قراره وهى ستة أشهر ولم يترك تحديد المدة للمدين السابق أو المدين الجديد بل حددها بنفسه. وعلى عكس القاعدة الأصلية فى أن سكوت الدائن عن القبول يعتبر رفضا، فان سكوته فى هذه الحالة بالذات اعتبره المشرع قبولا. وذلك تحبيذا منه لحوالة الدين فى هذه الحالة تحقيقا لمصلحة كل من المدين الأصلى والمدين الجديد دون أى اضرار بالدائن فى مسألة تتعلق بنظام الائتمان

---

(٢٩) المشتري للعقار المرهون يطلق عليه اسم الحائز. وهو غير مدين بالدين، ولكنه مسئول عنه مسئولية عينيه في حدود قيمه العقار المرهون. راجع في تحديد المقصود بالحائز للعقار المرهون، كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٩٥ ص ٢٤٩ وما بعدها.

العقـارى (٣) ولكن اذا رفض الدائن الحواله خلال مده الشهور السـتـه فـانها لا تكون نافذة فى حقه وان ظلت قـائمـه فى العـلاقـه بين المدين الأصلى والمدين الجديد على ما سنرى عند دراسة اثار الحوالة

٣- آثار حوالة الدين

١٩٨- تعدد العلاقات:

تظهر أثار حوالة الدين فى عدة علاقات متنوعة وهى علاقة الدائن بالمحـال عليـه وعـلاقـة الدائن بالمدين الأصلى وعـلاقـه المدين الأصلى بالمحال عليه وهو المدين الجديد وندرس هذه العلاقات فيما يلى

أ- علاقة الدائن بالمحال عليه

١٩٩- انتقال الدين الأصلي بضماناته ودفوعه.

١- العلاقة بين الدائن والمحال عليه وهو المدين الجديد لا تنشأ الا بعد أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الدائن فاذا لم تكن الحوالة نافذة فى حق الدائن فـلا تكون هناك أية عـلاقة بين الدائن والمدين الجديد (المحال عليـه)، بل تظل العـلاقـة قـائمـة بين الدائن والمدين الأصلى ولكن اذا نفذت الحوالة فى حق الدائن فان المحال عليه يصبح مدينا للدائن بذات الدين، ويعتبر كذلك من وقت ابرام الحوالة وليس فقط من وقت نفاذها

فاذا أبرمت الحوالة بين الدائن والمدين الجديد فانها تنعقد نافذه

---

(٣) واذا قبل الدائن حواله الدين، فان مشتري العقار المرهون يصبح مدينا شخصيا له اي يصبح راهنا للعقار المرهون، ويفقد بالتالي صفة الحائز ولا يجوز له أن يستخدم حقوق الحائز في تطهير العقار أو التخلي عنه راجع في معنى هذه الاصطلاحات كتابنا التأمينات الشخصية والعينية، الفقرات من ١٠٥ الي ١١٦ ص٢٦٨ وما بعدها

ويتطابق انعقادها مع نفاذها منذ البداية أما اذا أبرمت الحوالة بين المدين الأصلى والمدين الجديد. ثم أقرها الدائن بعد ذلك، فان الاقرار يجعلها نافذة فى حقه بأثر رجعى منذ ابرامها [٣١١] أى أنه فى جميع الأحوال التى توجد فيها علاقة بين الدائن والمدين الجديد فان هذه العلاقة تستند إلى وقت ابرام الحوالة

٢- الدين الذى ينتقل إلى ذمة المدين الجديد (المحال عليه) فى علاقته بالدائن، هو نفس الدين الذى كان فى ذمة المدين القديم فى مواجهة الدائن فهو نفس الدين بكل خصائصه وصفاته وتوابعه. ويشمل ذلك أن يكون الدين مدنيا أو تجاريا بسيطا أو موصوفا. ثابتا فى سند عادى أو فى سند تنفيذى، منتجا لفوائد أو غير منتج لها. الخ.

٣- وينتقل الدين ذاته إلى المدين الجديد (المحال عليه) بضماناته، وقد نص المشرع على ذلك فى المادة ٣١٨ التى تقرر أنه «(١) تبقى للدين المحال به ضماناته (٢) ومع ذلك لا يبقى الكفيل، عينيا كان أو شخصيا ملتزما قبل الدائن الا اذا رضى بالحوالة». وطبقا لهذا النص اذا كان الدين الذى انتقل للمدين الجديد مضمونا من قبل برهن رسمى أو رهن حيازى أو اختصاص أو امتياز فان كل هذه التأمينات العينية تظل قائمة وضامنة للدين ولمصلحة الدائن فى مواجهة المدين الجديد (المحال عليه) كما كانت ضامنة له فى مواجهة المدين الأصلى. ولكن اذا كان الدين مضمونا بكفالة، أى مضمونا عن طريق شخص آخر غير المدين

---

٣١١) والاقرار قد يكون ضمنيا وكما تقول محكمة النقض فان «استظهار نية المتعاقدين واستخلاصها من أوراق الدعوي وظروفها هو مما تستقل به محكمة الموضوع متي أقامت قضاءها علي أسباب سائغة تكفي لحمله» (نقض مدني/ ١٩٧٦/٥/٣١ - مجموعة أحكام النقض الطعن رقم ٦٢١ لسنة ٣٩ق . س ٢٧ - رقم ٢٣٧ - ص. ١٢٤٠)

رضى أن يكون كفيلا للمدين سواء بتقديم ضمانه العام للدائن (الكفيل الشخصى)، أو بتخصيص مال خاص لضمان حق الدائن (الكفيل العينى)، فان هذا الضمان لا يظل قائما بالنسبة للمدين الجديد (المحال عليه) الا اذا وافق الكفيل على الحوالة. لأن الشخص عندما يرضى بضمان مدين فلا ينصرف هذا الضمان الا إلى هذا المدين بالذات دون غيره، ما لم يرض الكفيل بضمان مدين آخر.(٣٢)

٤- والدين ينتقل إلى المحال عليه (المدين الجديد) بدفوعه، وقد نص المشرع على هذا الحكم فى المادة ٣٢٠ التى تنص على أن «للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التى كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها. كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة». ويتضح من هذا النص أن المحال عليه وهو المدين الجديد يستطيع أن يتمسك فى مواجهة الدائن بنوعين من الدفوع هما:

١- الدفوع التى كان يجوز للمدين الأصلى أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن. وهذا الحكم نتيجة طبيعة لانتقال ذات الدين من المدين الأصلى للمدين الجديد بدفوعه. ومن هذا القبيل أن يكون من حق المدين الأصلى أن يتمسك ببطلان الالتزام أو بقابليته للابطال أو بفسخه لعدم تنفيذ الدائن لالتزامه المقابل لالتزام المدين، فيجوز للمدين الجديد (المحال عليه) أن يتمسك بكل هذه الدفوع وغيرها كانقضاء الالتزام فى العلاقة بين الدائن والمدين الأصلى.

---

(٣٢) راجع كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية، حيث طبق المشرع نفس الحكم علي التجديد والانابة الكاملة (م٣٥٦/٢ مدني)، فقرة ٤٣، ص٩٩ وما بعدها.

٢- الدفوع المستمدة من عقد الحوالة ذاته. وتبرير هذا الحكم أن عقد الحوالة هو الذى جعل المحال عليه ملتزما فى مواجهة الدائن، فيكون من الطبيعى أن يتمسك المحال عليه بكل الدفوع المستمدة من هذا العقد بالذات، كأن يكون العقد باطلا أو قابلا للابطال أو أصبح مفسوخا لتحقق شرط فاسخ أو منعدما لتحقق شرط واقف. وأسباب البطلان قد تكون متعلقة بتخلف شرط شكلى (عدم الرسمية فى عقد الهبة اذا كانت حوالة الدين قد تمت على سبيل التبرع صراحة)، أو لعدم مشروعية المحل (الدين المحال دين قمار)، أو لعدم مشروعية السبب (التنازل عن عقد ايجار مكان لادارته للدعارة).

ويخلص مما سبق أن علاقة الدائن بالمحال عليه تصبح بعد نفاذ الحوالة فى حق الدائن هى ذات علاقة الدين التى كانت بين الدائن والمدين الأصلى من حيث خصائص الدين وضماناته ودفوعه.

ب- علاقة الدائن بالمدين الأصلي

٢٠٠-براءة ذمة المدين الأصلي مع ضمانه ليسار المحال عليه:

بمجرد أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الدائن سواء انعقدت نافذة منذ البداية فى حالة ما اذا انعقدت بين الدائن والمحال عليه مباشرة، أو انعقدت بين المدين الأصلى والمحال عليه ثم أصبحت نافذة فى مواجهة الدائن باقراره لها، فان ذمة المدين الأصلى تبرأ بالنسبة للدائن، ولا يجوز لهذا الأخير أن يطالبه بالوفاء بالالتزام الذى انتقل إلى مدين جديد هو المحال عليه.[٣٣]

---

(٣٣) يمكن اعتبار حوالة الدين من أسباب انقضاء الالتزام، كالتجديد - بتغيير شخص المدين، والانابة الكاملة.

ومع ذلك فـان المدين الأصلى يكون ضـامنا ليسـار المدين الجـديد (المحال عليه) على النحو الذى نصت عليه المادة ٣١٩ مدنى «يضـمن المدين الأصلى أن يكون المحال عليه موسرا وقت اقرار الدائن للحوالة ما لم يتفق على غير ذلك». وجدير بالذكر أن المدين الأصلى لا يضمن يسار المدين الجـديد الا فى الصـورة التى يتم فـيـهـا ابرام الحـوالة بين هذين الشخصين ثم يعلن بها الدائن فيقرها. لأنه فى هذا الفرض يكون المدين الأصلى هو الذى اختـار المدين الجديد وقـدمـه للدائن فـيـجب أن يكون ضامنا ليسار هذا المدين وقت اقرار الدائن للحوالة. وهو الوقت الذى تبرأ فيه ذمة المدين الأصلى فى مواجهة الدائن. أما فى الصورة التى يتم فيها عقد الحوالة بين الدائن نفسه والمدين الجديد، فان المدين الأصلى لا يكون ضامنا ليسار المدين الجديد فالدائن هو الذى اختاره ويتحمل هو نتائج هذا الاختيار.

وفى الصورة الأولى التى يضمن فيها المدين الأصلى يسار المحال عليـه فان هذا الضـمان ينصرف إلى اليسـار وقت اقرار الدائن للحوالة، وليس الى وقت استيفـاء الدائن للدين. فـاذا كـان المدين الجديد موسـرا وقت اقرار الدائن للحوالة، ثم تأخر الدائن فى مطالبته بتقصير من جانبه أو حتى دون تقصير اذا كان الدين لم يحل أجل الوفاء به بعد، فأصبح المحال عليه معسرا وقت التنفيذ عليه فان المدين الأصلى لا يكون مسئولا عن اعسار المدين الجديد، اللاحق لاقرار الدائن للحوالة.

ويلاحظ أن الالتزام بالضمان هو التزام جديد غير الدين الذى انتقل عن طريق حوالة الحق. وجـدير بالذكـر أن التـزام المدين الأصلى بضـمـان يسـار المدين الجديد لا يتعلق بالنظام العـام. فـيجوز الاتفاق على عدم

التزام المدين الأصلى بهذا الضمان، كما يجوز الاتفاق على أن الضمان ينصرف ليس فقط إلى يسار المحال عليه وقت نفاذ الحوالة، بل إلى يساره وقت التنفيذ عليه.[٣٤]

جـ- علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه

تختلف هذه العلاقة بحسب ما اذا كانت الحوالة نافذة فى حق الدائن أو غير نافذة فى حقه.

٢٠١- قبل نفاذ الحوالة في حق الدائن:

تنص المادة ٣١٧ مدنى على أنه «(١) مادام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة اقرارا أو رفضا كان المحال عليه ملزما قبل المدين الأصلى بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك، ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة. (٢) على أنه لا يجوز للمدين الأصلى أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن، ما دام لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى الحوالة». وينطبق هذا النص على الحوالة التى تتم بين المدين الأصلى والمحال عليه وقبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الدائن باقراره لها. وينطبق هذا النص أيضا على الحالة التى يحدد فيها الدائن موقفه برفض اقرار الحوالة بما يمنع نفاذها فى حقه. ومقتضى الحكم الوارد بالنص أن الموقف الذى يتخذه الدائن سواء كان غير محدد أو كان قاطعا فى الرفض فانه لا يؤثر فى صحة ونفاذ عقد الحوالة فى العلاقة بين طرفى هذا العقد وهما المدين الأصلى والمدين الجديد. فالعقد نشأ صحيحا بينهما فيكون ملزما لهما بغض النظر عن

---

(٣٤) وفي هذا الفرض يصبح المدين الأصلي كفيلا للمحال عليه.

موقف أي شخص آخر.[٣٥] ويترتب على ذلك ضرورة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذا العقد وأهمها التزام المدين الجديد بأن يوفى بالدين للدائن. ومعنى ذلك التزامه بتخليص ذمة المدين الأصلى فى مواجهة الدائن. وهو ما يستطيع القيام به اما عن طريق الدفع للدائن مباشرة. والدائن لا يملك الامتناع عن قبول الوفاء من غير المدين حتى ولو كان لا يريد ذلك. أو يقوم المدين الجديد بدفع المبلغ أو اعطاء محل الدين للمدين الأصلى الذى يقوم هو بوفاء التزامه بنفسه. وتكون النتيجة التى هدف اليها عقد الحوالة وحققها فعلا هى براءة ذمة المدين الأصلى قبل الدائن بالوفاء الذى يقوم به المدين الجديد. فالدائن يملك رفض قبول حوالة الدين إلى مدين جديد، ولكنه لا يملك رفض استيفاء الدين من شخص أجنبى عن الدين. فالمدين الجديد يوفى بالدين باعتباره أجنبيا عن الدائن وأجنبيا عن الدين، وان كان ملتزما بوفائه فى علاقته بالمدين الأصلى.

ولكن نظرا للارتباط القائم بين الالتزامات المتقابلة فى أى عقد من العقود فانه اذا كان عقد الحوالة قد أنشأ التزاما على عاتق المدين الأصلى كالتزام بنقل ملكية منزل أو تسليمه للمدين الجديد مقابل التزام المدين الجديد بالوفاء للدائن، فانه يجوز للمدين الجديد (المحال عليه) أن يمتنع عن تنفيذ التزامه قبل الدائن كنوع من الدفع بعدم التنفيذ اذا لم يقم المدين الأصلى بتنفيذ التزامه المقابل لهذا الالتزام.[٣٦]

---

(٣٥) ويجوز بالطبع أن يتفق الطرفان على سقوط الحوالة إذا رفضها الدائن. فالأحكام الواردة في نص المادة ٣١٧ لا تتعلق بالنظام العام.

(٣٦) راجع في الدفع بعدم التنفيذ، كتابنا مصادر الالتزام، فقرة ١٤٨ وما بعدها ص١٩٨ وما بعدها.

٢٠٢- بعد نفاذ الحوالة في حق الدائن:

اذا أصبحت الحوالة نافذة فى حق الدائن فان الدين ينتقل إلى المدين الجديد (المحال عليه) وتبرأ ذمة المدين الأصلى. ومعنى ذلك أن المدين الجديد أفاد المدين الأصلى بما يعادل مقدار دينه قبل الدائن. ويتحقق هذا الأثر بمجرد نفاذ الحوالة وقبل أن يقوم المحال عليه بالوفاء فعلا للدائن. ويعتبر ذلك تنفيذا من المدين الجديد للالتزام الناشئ فى ذمته عن عقد الحوالة الذى تم بينه وبين المدين الأصلى، أيا كانت طبيعة هذا العقد تبرعا أو قرضا أو وفاء لثمن بيع... الخ. ويرجع دائما إلى عقد الحوالة لمعرفة نوع الالتزام الواقع على المدين الجديد قبل المدين الأصلى، ومدى حق المدين الجديد فى الرجوع على المدين الأصلى، أو العكس. اما اذا تمت الحوالة بين الدائن والمدين الجديد مباشرة، فلا يجوز لهذا الأخير أن يرجع على المدين الأصلى على أساس أى عقد من العقود، اذ لا يوجد عقد بينهما. ولكن يرجع عليه طبقا لقواعد الاثراء بلا سبب اذا توافرت شروطها، وهى اثراء المدين الأصلى ببراءة ذمته قبل دائنه على حساب المدين الجديد (المحال عليه) الذى يوفى من ماله دين غيره.[٣٧]

الباب الرابع
انقضاء الالتزام

الالتزام لا ينشأ ليدوم أبدا. فهو رابطة بين شخصين، ومما يتعارض مع الحرية الشخصية أن تظل هذه الرابطة قائمة على الدوام.(١)

٢٠٣- أسباب انقضاء الالتزام:

مصير الالتزام هو الانقضاء حتما لسبب من الأسباب. وقد نص المشرع على ثمانية أسباب لانقضاء الالتزام. وقسم هذه الأسباب تقسيما علميا بحسب مدى تحقيقها للغاية المباشرة من الالتزام وهى تنفيذه تنفيذا عينيا. فالسبب الأساسى لانقضاء الالتزام هو تنفيذه تنفيذا عينيا عن طريق الوفاء به. ولذلك فقد خصص المشرع فصلا أولا للوفاء باعتباره الطريق الطبيعى لانقضاء الالتزام. وخصص الفصل الثانى لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء. وأسباب ذلك أربعة، الوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة. وخصص الفصل الثالث لانقضاء الالتزام دون الوفاء به، وأسباب ذلك ثلاثة، الابراء، واستحالة التنفيذ، والتقادم المسقط. ونحن نتابع المشرع فى الخطة التى انتهجها، فندرس انقضاء الالتزام فى ثلاثة فصول متتالية على النحو السابق ذكره.

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ١١٢٤، ص١١١٤. أما الحق العيني فهو يرد علي شيء، ومن المتصور القول أنه حق دائم كما يقال عن حق الملكية.

الفصل الأول

انقضاء الالتزام بتنفيذه عينا (الوفاء)

٢٠٤- طبيعة الوفاء:

الوفاء له طبيعة مزدوجة، فهو التنفيذ العينى لالتزام المدين، أى أنه عمل مادى يؤدى إلى تحقيق الغاية من الالتزام. وهو فى نفس الوقت تصرف قانونى يتم بين الموفى وبين الموفى له. غير أن صفة التصرف القانونى فى الوفاء غالبة على صفة التصرف المادى فيه.[٢] فالوفاء هو أساسا اتفاق بين الموفى والموفى له بمقتضاه يتم انقضاء الالتزام الذى يتم الوفاء به، وهذا الاتفاق يخضع للشروط العامة لابرام أى اتفاق، وهى الشروط التى تتعلق بالأهلية والارادة والمحل والسبب. واعتبار الوفاء اتفاقا لا يمنع أن له طبيعته الخاصة فهو اتفاق يكاد أن يكون مفروضا على كل من المدين والدائن. فالمدين اذا رفض الوفاء الاختيارى أجبر عليه بطريق التنفيذ القهرى، والدائن اذا رفض الاستيفاء أجبر عليه بطريق اجراءات العرض الحقيقى. وهو أيضا اتفاق له محل محدد هو نفس محل الالتزام، ولا يقبل ذلك التغيير أو التعديل من جانب الدائن وحده أو من جانب المدين وحده. فالدائن لا يستطيع أن يستوفى شيئا غير محل الالتزام ولو كان أقل منه. والمدين لا يستطيع أن يوفى بشئ غير محل الالتزام ولو كان أكثر منه. بل يجب أن يكون الوفاء بذات

---

(٢) راجع في طبيعة الوفاء، نيكول كاتالا، الطبيعة القانونية للوفاء، رسالة، باريس ١٩٦٠ وتفرق الأستاذة كاتالا، بين الوفاء الذي تختلف طبيعته بحسب الالتزام ذاته، وبين انقضاء الالتزام الذي يتحقق بارضاء الدائن دون الاعتداد باراده المدين. راجع مارتي ورينو، ج٢، فقرة ٥٥٢ وما بعدها.

محل الالتزام. واذا كان الوفاء مفروضا على الدائن والمدين فان ذلك يقتضى وضع أحكام تفصيلية تتعلق بطرفى الوفاء وهما الموفى والموفى له. كما وأنه اذا كان الوفاء مفروضا من حيث محله فان ذلك يقتضى دراسة الأحكام المتعلقة بمحل الوفاء. وقد قسم المشرع الأحكام الوارة فى الفصل الخاص بالوفاء إلى قسمين، الأول فى طرفى الوفاء والثانى فى محل الوفاء. ونتابع خطة المشرع فى هذا الشأن.

المبحث الأول
طرفا الوفاء

٢٠٥- الموفي والموفي له:

من يقوم بالوفاء هو الموفى ومن يتلقى الوفاء هو الموفى له. والأصل أن يكون الموفى هو المدين وأن يكون الموفى له هو الدائن. ولكن ترد على هذا الأصل استثناءات كثيرة.

المطلب الأول
الموفي

٢٠٦- أهلية الموفي وملكيته:

سواء كان الموفى هو المدين أو غير المدين[٣] فانه يشترط لصحة

---

(٣) قضت محكمة النقض بأن «الوفاء بالدين من الغير لا يبري ذمة المدين إلا اذا اتجهت إرادة الموفي إلي الوفاء بدين غيره أما اذا ظن الموفي وقت الوفاء أنه يدفع دينا علي نفسه فلا يعتبر هنا وفاء لدين علي الغير وانما وفاء لدين غير مستحق يجوز للموفي المطالبة باسترداد ما وفاه علي أساس دفع غير المستحق». (نقض مدني - ١٩٧٧/٤/٢٥ - مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٤١ق - س٢٨ - رقم ١٧٧ - ص١٠٣٢).

الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشئ الذى يوفى به وأهلا للتصرف فيه. وقد نصت على هذا الحكم المادة ٣٢٥ وهى تقرر «(١) يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشئ الذى وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه. (٢) ومع ذلك فالوفاء بالشئ المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضى به الالتزام، اذا لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى».

وطبقا لهذا النص يجب توافر شرطين لصحة الوفاء. أولهما أن يكون الموفى مالكا للشئ الذى يوفى به، لأنه اذا لم يكن مالكا لهذا الشئ، فان وفاءه به يكون تصرفا فى ملك الغير وهو تصرف باطل بطلانا نسبيا، ولا يحتج به مواجهة المالك الحقيقى الذى يجوز له أن يسترد الشئ الموفى به من الدائن، فلا يكون هذا الأخير قد استوفى حقه قبل مدينه، ولا يكون المدين قد أبرأ ذمته قبل دائنه. والشرط الثانى أن يكون الموفى أهلا للتصرف فى الشئ الذى يوفى به، فاذا كان ناقص الأهلية لصغر السن أو للسفه أو الغفلة، فان وفاءه به يكون قابلا للابطال لنقص الأهلية ويجوز للموفى أن يسترد ما وفاه.[٤] ولكن المشرع قيد حقه فى الاسترداد فمنعه من ذلك اذا كان قد وفى بنفس الشئ المستحق فعلا وليس بشئ أفضل منه. وكان فى نفس الوقت ملزما بهذا الوفاء بأن كان

= وحتي يستطيع الموفي استرداد غير المستحق، فلابد من تحطيم الوفاء كتصرف قانوني، وتحويله إلي واقعه ماديه، عن طريق اثبات الغلط أو الاكراه، راجع في هذا الموضوع، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ٢٢٧، ص٣٢٧ وما بعدها.

(٤) تنص المادة ١٨١ مدني علي أن «(١) كل من تسلم علي سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده. (٢) علي أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص أو أن يكون قد أكره علي هذا الوفاء». فحق ناقص الأهلية فى الاسترداد المقرر في هذا النص، يتقيد بما نص عليه المشرع في المادة ٣٢٥ علي النحو المذكور في المتن، راجع، كتابنا، مصادر الالتزام فقرة ٢٢٤ وما بعدها، ص٣٢٣ وما بعدها

يوفى بدينه الشخصى، فلم يلحق الوفاء به ضررا كما يقرر النص السابق ذكره. أما اذا الحق به الوفاء ضررا، جاز له التمسك بابطاله بسبب نقص أهليته. ونظرا لأن الوفاء قد يقع من المدين أو من غير المدين. فيجب معرفة من يصح منه الوفاء. وكذلك حق الموفى اذا كان غير المدين فى الرجوع على هذا الأخير بما وفاه.

١- من يصح منه الوفاء

٢٠٧- نص القانون:

تنص المادة ٣٢٣ مدنى على أن «(١) يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى الوفاء، وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٨. (٢) ويصح الوفاء أيضا مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة فى هذا الوفاء، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم ارادته. على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير اذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض». ويتضح من هذا النص أن الوفاء قد يقع من جانب المدين أو نائبه أو أى شخص له مصلحة فى الدين أو من شخص لا مصلحة له فى الدين.

١- فالاصل أن يقع الوفاء من المدين بالالتزام. بل ويجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين اذا كان محل الالتزام هو القيام بعمل، ونص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه، طبقا للمادة ٢٠٨ من القانون المدنى. وفى غير هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يعترض على قبول الوفاء من غير المدين طالما أن المدين نفسه لا يعترض على ذلك.

٢- ويجوز أن يتم الوفاء من نائب المدين كالوكيل أو الوصى أو القيم طالما أن الوفاء بالالتزام يدخل فى حدود سلطة النائب. هذا ما لم يكن الوفاء واجبا من المدين بنفسه طبقا للفقرة السابقة.(٥)

٣- ويجوز الوفاء أيضا من أى شخص غير المدين اذا كانت له مصلحة فى الوفاء بالدين، كالمدين المتضامن والكفيل والحائز الذى انتقلت إليه ملكية العقار المرهون ضمانا لهذا الدين. هذا ما لم يكن الوفاء واجبا من المدين نفسه طبقا لما سبق قوله.

٤- ويجوز أخيرا الوفاء من أى شخص ولو لم تكن له مصلحة فى الدين كما لو كان قريبا للمدين أو صديقا له. ويصح الوفاء فى هذه الحالة ولو دون علم المدين أو رغم ارادته. ولكن اذا اعترض المدين على الوفاء من الغير الذى لا مصلحة له فى الوفاء، فان ذلك يعطى للدائن الحق فى قبول هذا الوفاء أو رفضه. ولو لم يكن له هذا الحق قبل اعتراض المدين وابلاغ الدائن به. وكذلك فان جواز الوفاء من شخص لا مصلحة له فى الدين مشروط بألا يكون الوفاء واجبا على المدين القيام به بنفسه كما سبق القول.

٢- رجوع الموفي علي المدين

٢٠٨- الدعوي الشخصية ودعوي الحلول:

اذا قام بالوفاء شخص غير المدين، وكان الموفى غير متبرع للمدين،

(٥) قضت محكمة النقض بأن «المجادلة في الوفاء بالالتزام من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون تعقيب عليها ما دامت قد أقامت قضاءها علي أسباب سائغة وله أصله الثابت في الأوراق ولا مخالفة فيه للقانون ومن شأنه أن يؤدي إلي النتيجة التي انتهي اليها. (نقض مدني، ١٩٧٩/٤/٢٩، طعن رقم ٧٠٩، سنة ٤٤ قضائية، منشور مع محمد كمال عبد العزيز، ص١٠١٢)

جاز للموفى أن يرجع على المدين بما وفاه من دينه. وللموفى فى رجوعه على المدين دعويان.

١- الدعوى الأولى هى الدعوى الشخصية التى تقوم على أساس حق شخصى جديد (التزام جديد) يكون الموفى دائنا فيه قبل المدين. وينشأ هذا الالتزام الجديد اما عن عقد وكالة اذا كان الموفى وفى الدين بأمر المدين، أو ينشأ طبقا لقواعد الفضالة اذا كان الموفى لم يتلق أمرا من المدين ولكنه وفى به تحقيقا لمصلحة عاجلة للمدين ولم يكن المدين قد علم بهذا الوفاء أو علم به ولم يعترض عليه.[٦] وقد ينشأ الالتزام الجديد طبقا للقواعد العامة فى الاثراء بلا سبب اذا لم تتوافر صفة الاستعجال فى الوفاء بدين المدين، أو كان المدين قد اعترض على قيام الموفى بالوفاء. وسواء رجع الموفى بدعوى الفضالة أو دعوى الاثراء بلا سبب، فانه اذا كان الوفاء قد تم دون علم المدين أو رغم معارضته، فانه يجوز للمدين أن يدفع رجوع الموفى كلا أو جزءا اذا كانت لديه أسباب تبرر الاعتراض على الوفاء. ومن هذه الأسباب أن يكون هو قد سبق له الوفاء بهذا الالتزام أو أن يكون الالتزام قد انقضى لأى سبب آخر كالمقاصة أو التجديد أو الابراء... الخ أو أن يكون لدى المدين دفع يؤدى إلى بطلان العقد الذى نشأ عنه الالتزام أو فسخه أو زواله لأى سبب.

وقد نصت على الأحكام السابقة المادة ٣٢٤ مدنى التى تقرر انه «(١) اذا قام الغير بوفاء الدين، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه. (٢) ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير ارادته أن

(٦) راجع في شروط الفضالة، كتابنا، مصادر الالتزام، وخاصة شرط القيام بأمر عاجل وضروري لرب العمل، فقرة ٢٣٤، ص٣٣٧.

يمنع رجوع الموفي بما وفاه عنه كلا أو بعضا، اذا أثبت أن له أية مصلحة في الاعتراض على الوفاء».[٧]

٢- والدعوى الثانية التى يجوز للموفى أن يرجع بها على المدين هى دعوى الحلول. والمقصود بذلك أن الموفى يحل محل الدائن الذى استوفى حقه. فهو يرجع بنفس حق الدائن وليس بحق جديد. فهو قد وفى الدائن حقه وحل محله فيه بما يسمح له بالرجوع على المدين كما لو كان الدائن نفسه هو الذى يرجع على المدين. والوفاء الذى يعطى الحق فى الحلول محل الدائن يسمى الوفاء مع الحلول. ويسمى الحلول فى هذه الحالة الحلول بسبب الوفاء. وتعتبر دعوى الحلول عينية لأن الموفى يرجع بعين الحق الذى وفاه، وذلك بالمقابلة للدعوى الشخصية التى يرجع فيها الموفى بحق شخصى جديد أساسه الوكالة أو الفضالة أو الاثراء بلا سبب. وفى الحالات التى يجوز فيها للموفى أن يرجع بدعوى الحلول العينية يجوز له أيضا أن يرجع بالدعوى الشخصية. ولكن لا يجوز له أن يرجع بالدعويين فى نفس الوقت. غير أن الرجوع بدعوى الحلول لا يحق للموفى فى جميع حالات الوفاء، بل لابد من وجود سبب قانونى للحلول. وهذا السبب إما أن يكون هو نص القانون أو اتفاق المتعاقدين. فالحلول بحسب مصدره إما أن يكون حلولا قانونيا، أو حلولا اتفاقيا. وندرس كلا من هذين المصدرين فيما يلى.

---

(٧) قضت محكمة النقض بأنه «لئن كان للأجنبي عن العقد الوفاء بالدين لمصلحة اقتصادية تعود عليه، ويصح وفاؤه حتي ولو كان رغما عن المدين ويحق له بالتالي الرجوع عليه بدعوي شخصية لا بدعوي الحلول، إلا أن شرط ذلك أن تعود من الوفاء منفعة علي المدين، فاذا أوفي الأجنبي بالتزام غير قائم أو بالتزام زال تبعا لعدم تحقق الشرط المعلق عليه انتفى حق المدين في الرجوع». (نقض ١٩٧٨/٤/١٢، طعن رقم ٤٤٢، سنة ٤٤ قضائية، مشار في محمد كمال عبد العزيز، ص١٤٠١).

٢٠٩- الحلول القانوني:

تنص المادة ٣٢٦ مدنى على أنه «اذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية: (أ) اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه. (ب) اذا كان الموفى دائنا وفى دائنا آخر مقدما عليه بماله من تأمين عينى، ولو لم يكن للموفى أى تأمين. (جـ) اذا كان الموفى قد اشترى عقارا ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم، (د) اذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول». وقد أورد هذا النص عدة حالات يكون للموفى فيها أن يرجع على المدين بدعوى الحلول بمقتضى نص القانون ذاته ودون حاجة إلى اتفاق المتعاقدين. وهذه الحالات هى:

١- اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو عنه: ويكون الموفى ملزما بالدين مع المدين اذا كان مدينا متضامنا معه أو مدينا معه فى دين لا يقبل القسمة. ويكون الموفى ملزما بالدين عن المدين اذا كان كفيلا له سواء كان كفيلا شخصيا أو عينيا.[٨] أو اذا كان حائزا للعقار

(٨) راجع في حق الكفيل بالرجوع علي المدين الأصلي بدعوي الحلول، كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٥٣ وما بعدها، ص١١٢ وما بعدها.

وقد اعتبرت محكمة النقض أن المتبوع الذي يرجع علي التابع، في حكم الكفيل الذي يرجع علي المدين الأصلي، وقضت بأن «دعوي الحلول التي يستطيع المتبوع - وهو في حكم الكفيل المتضامن - الرجوع بها علي تابعه بعد وفائه بالتعويض للدائن المضرور. وهي الدعوي المنصوص عليها في المادة ٧٩٩ من القانون المدني والتي ليست إلا تطبيقا للقاعدة العامة في الحلول محل الدائن الذي استوفي حقه إذا كان الموفي ملزما بوفاء الدين عن المدين». (نقض مدني - ١٩٦٩١/٣٠ - مجموعة النقض المدنية - الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ق - رقم ٣٣ ص١٩٩).

وقد قطعت محكمة النقض برأي هو الرأي الراجح في مسألة خلافية، هي تحديد الأساس القانوني لمسئولية المتبوع عن أعمال التابع. وقد ذكرنا في كتابنا، مصادر الالتزام، ص٢٨٧ ما يأتي «وتذهب النظرية الأخيرة وهي الأكثر قبولا إلي القول بأن المتبوع ضامن للتابع، أي أنه في حكم الكفيل، والكفالة لم تنشأ هنا عن العقد، ولكن عن القانون..».

المرهون فى نفس الدين. ففى كل هذه الحالات يكون الموفى ملزما بوفاء الدين بشكل أو بآخر ويكون قيامه بالوفاء هو تنفيذ لواجب قانونى مفروض عليه، فيكون من الطبيعى أن يشجعه المشرع على الوفاء باعطائه الحق فى الحلول محل الدائن فى دعواه قبل المدين.

٢- الوفاء من دائن متأخر لدائن متقدم: اذا وجد دائنون أصحاب تأمينات عينية كرهن رسمي مثلا. ودائنون عاديون، فان الأولين يتقدمون على الآخرين. ومن ناحية أخرى فان أصحاب التأمينات العينية يتقدم بعضهم على بعض بحسب الأسبقية فى شهر حقوقهم. فاذا قام أحد الدائنين المتأخرين سواء كان دائنا عاديا أو دائنا مرتهنا ولكنه متأخر فى مرتبة رهنه، بوفاء حق دائن آخر صاحب تأمين عينى متقدم فى المرتبة، فان الدائن الموفى يحل محل الدائن الذى استوفى حقه فى رجوعه على المدين.

٣- وفاء الحائز للدين المضمون بالعقار: الحائز للعقار المرهون هو بحسب الأصل الشخص الذى يشترى عقارا مرهونا لضمان دين من الديون. والعقار تنتقل ملكيته إلى المشترى مثقلا بالرهن. ومن مصلحة المشترى بطبيعة الحال أن يخلص له العقار خاليا من كل رهن. ولذلك اذا قام الحائز بدفع الثمن لا للبائع ولكن للدائن المرتهن للعقار الذى اشتراه، فانه يحل محل الدائن الذى استوفى حقه، ويحل محله بصفة خاصة فى الرهن الضامن لهذا الحق، فيصبح دائنا مرتهنا للعقار الذى تملكه بالشراء. وينقضى الرهن باتحاد الذمة، أو يظل قائما لمصلحة المالك الجديد اذا كانت هناك رهون أخرى أقل فى المرتبة من هذا الرهن بالذات.(٩)

---

(٩) راجع في رجوع الحائز بدعوي الحلول، كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ١٠١ب، ص٢٦٢. وأنظر بصفة خاصة عدم رجوع الحائز علي الكفيل، والرجوع الناقص للحائز علي حائز آخر مثله، ص٢٦٢ وما بعدها.

والحائز فى المثال السابق يكون ملزما بوفاء الدين عن المدين فى حدود المبلغ الذى فى ذمته بسبب شراء العقار وهو فى جميع الأحوال مسئول مسئولية عينية عن وفاء الدين المضمون بالرهن. فيكون تشجيعه على الوفاء للدائن عن طريق احلاله محله، أمر مرغوب فيه وذلك تحقيقا لمصلحة الدائن ومصلحة الحائز ومصلحة المدين أيضا.(١٠١)

٤- الحالات الأخرى المنصوص عليها فى القانون: فى غير الحالات السابق ذكرها فان القانون يضع نصوصا كثيرة يقرر فيها حلول الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه. ومن هذا القبيل نص المادة ٧٧١ مدنى التى تقرر حلول المؤمن بما دفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله فى الضرر.

٢١٠- الحلول الاتفاقي:

اذا لم يوجد نص فى القانون على حلول الموفى محل الدائن، فانه من الجائز أن يتقرر الحلول بمقتضى اتفاق بين المتعاقدين. وهذا الاتفاق يتم تارة مع الدائن وتارة مع المدين.

١- الحلول بالاتفاق مع الدائن: تنص المادة ٣٢٧ على أن «للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء». وطبقا لهذا النص يجوز أن يتفق الدائن مع الشخص

(١٠١) الحائز غير مدين بالدين، ولكنه مسئول عنه في حدود قيمة العقار المرهون. وهذا هو المقصود بأن مسئولية الحائز هي مسئولية عينية. وتجري دائما المقارنة بين مركز الحائز ومركز الكفيل العيني في أن كلا منهما، كما يقول المشرع بالنسبة للكفيل العيني «لا يجوز التنفيذ علي ماله الا ما رهن من هذا المال» (م١٠٥٠ مدني)، راجع، كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٩٦، ص٢٥١ وما بعدها.

الأجنبى الذى يوفى بالدين على أن يحل الموفى محل الدائن فى حقه قبل المدين. ولا يشترط أن يتم هذا الاتفاق فى أى شكل خاص. وهو عادة يتم فى نفس الوقت الذى يتم فيه الوفاء للدائن. ويجوز أن يتم الاتفاق على الحلول فى وقت سابق على الوفاء. ولكن لا يجوز الاتفاق على ذلك فى وقت لاحق على الوفاء. فاذا تم دون اتفاق على الحلول، فلا يجوز الاتفاق على الحلول بعد ذلك منعا للاضرار بالدائنين الآخرين ودفعا لكل تحايل بين الدائن والمدين بالاشتراك مع الموفى.(١١)

٢- الحلول بالاتفاق مع المدين: تنص المادة ٣٢٨ مدنى على أنه «يجوز أيضا للمدين اذا اقترض مالا وفى به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه، ولو بغير رضاء هذا الدائن، على أن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد». وطبقا لهذا النص فان المدين هو الذى يحل شخصا آخر محل الدائن فى حقه قبله. ويشترط لذلك أن يتوافر شرطان: ١- أن يقترض المدين مالا من الغير لوفاء الدين ويذكر ذلك فى عقد القرض. ٢- أن يقوم المدين بوفاء الدين من هذا المال بالذات ويذكر ذلك فى مخالصة الوفاء. ومن المتصور أن تتم هاتين

(١١) وقد قضت محكمة النقض بأن: «تنص المادة ٣٢٧ من القانون المدني علي ان الدائن الذي استوفي حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير علي أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك ولا يبيح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء، ومفاد ذلك أنه يشترط للحلول في هذه الحالة وعلي ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدني - أن يتفق الموفي والدائن علي الحلول، ولا ضرورة لرضاء المدين به، وأن يتم الاتفاق علي الحلول وقت الوفاء علي الأكثر وقد قصد من هذا الشرط الأخير إلي درء التحايل فقد يتواطأ الدائن مع المدين بعد أن يكون هذا قد استوفي حقه متفقان غشا علي حلول أحد الاغيار لتفويت حق دائن مرتهن ثان متأخر في المرتبة فيما لو أقر النص صحة الاتفاق علي الحلول بعد الوفاء» (١٩٧٧/٣/٢٢ في الطعن ٣٨٨ لسنة ٤٣ق) (نقض مدني - ١٩٧٧/٣/٢٢ - مجموعة محكمة النقض - الطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٤٣ ق - س٢٨ - رقم ١٣٤ - ص٧٢٥).

العمليتين فى وقت واحد وفى سند واحد. ومن المتصور أن يسبق القرض، عملية الوفاء. ولكن من غير الجائز أن يأتى القرض بعد الوفاء لأن ذلك يكون دليلا على أن الوفاء لم يتم من مبلغ القرض، فلا يجوز بالتالى احلال المقرض محل الدائن، منعا للغش والتواطؤ بين الدائن والمدين بالاشتراك مع المقرض، اضرارا بحقوق الدائنين الآخرين.(١٢)

وسواء كان الحلول قانونيا أو اتفاقيا فان الآثار التى تترتب عليه تكون واحدة فى الحالتين وهو ما ندرسه فيما يلى.

٢١١- آثار الحلول: انتقال حق الدائن إلي الموفي:

تنص المادة ٣٢٩ على أن «من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع. ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن». وطبقا لهذا النص فان الموفى يرجع على المدين كما لو كان الدائن نفسه هو الذى يرجع على المدين. فهو يحل محل الدائن فى كل حقه قبل المدين ويشمل ذلك ما يلى:

١- يكون حق الموفى هو نفس حق الدائن بخصائصه كما لو كان الدين تجاريا أو مدنيا، أو تسرى بالنسبة له مدة تقادم خاصة، أو كان ثابتا فى سند تنفيذى يجوز التنفيذ بمقتضاه دون حاجة إلى استصدار حكم من القاضى ... الخ.(١٣)

---

(١٢) فاذا تعاقبت العمليتان، فلابد أن تكون كلا منهما ثابتة التاريخ، حتي يمكن التحقق من أن الاتفاق علي الحلول سابق علي الوفاء. راجع، عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، ص١١٣١، هامش٢.

(١٣) وقضت محكمة النقض بأنه « وإذا كان أساس دعوي رجوع الكفيل علي المدين بما أوفاه عنه هو حلول الكفيل محل الدائن... وكان القرض المكفول عملا تجاريا بالنسبة لطرفيه = =

٢- يكون حق الموفى هو نفس حق الدائن بما يلحقه من توابع، كأن يكون منتجا لفوائد بسعر معين.(١٤)

٣- يكون حق الموفى هو نفس حق الدائن بما يكفله من تأمينات كأن يكون الحق مضمونا بكفالة أو برهن أو غير ذلك.

٤- يكون حق الموفى هو نفس حق الدائن بما يرد عليه من دفوع، فاذا كان من الجائز التمسك فى مواجهة الدائن ببطلان حقه أو انقضائه أو فسخه أو زواله لأى سبب فانه يجوز التمسك بأى من هذه الدفوع فى مواجهة الموفى الذى حل محل الدائن.

ولكن يلاحظ أن انتقال حق الدائن إلى الموفى بالشكل الكامل السابق ذكره ترد عليه عدة استثناءات لا يكون فيها الحلول كاملا بل يكون حلولا ناقصا أو قاصرا. وندرس هذه الحالات فيما يلى.

٢١٢- حالات الحلول الناقص:

١-الحالة الأولى: الوفاء الجزئى فى صورته البسيطة: اذا وفى الغير جزءاً من الدين للدائن فانه لا يرجع على المدين الا بما وفاه وذلك طبقا للعبارة الأخيرة من المادة ٣٢٩ السابق ذكرها والتى تقرر أن الحلول يكون «بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن». وفى هذا

= فان الكفيل الموفي يحل محل الدائن فيه بماله من خصائصه، ومنها صفته التجارية وبالتالي يكون للكفيل أن يرفع دعواه علي المدين أمام المحكمة التجارية المتفق بين الدائن والمدين علي اختصاصها. (نقض مدني - ١٩٦٨/١/٢٥ - مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ٢٨٩ لسنة ٣١ق - س١٩، رقم ١٩ ص١١٦).

(١٤) قضت محكمة النقض بأنه «إذا كانت الفائدة المقررة للدين ٢٪ فليس له أن يطالب بأكثر من ذلك». (نقض مدني - ١٩٧٧/٢/٢٣ - مجموعة أحكام النقض الطعن رقم ٥١ لسنة ٤٣ق - س٢٨ - رقم ١٠١ ص٥٤٨).

يختلف الوفاء مع الحلول عن حوالة الحق التى رأينا فيها أن المحال له يرجع بكل حق الدائن المحيل حتى ولو كان قد دفع ثمنا للحوالة أقل من هذا الحق. لأن حوالة الحق فيها معنى المضاربة. أما الوفاء مع الحلول فلا يقصد به الا تمكين الموفى من الحصول على المبلغ الذى وفاه فعلا فلا يرجع بكل حق الدائن اذا كان الوفاء جزئيا.(١٥) فاذا كان الدائن قد أبرأ المدين من الجزء الباقى من الدين، فان المدين هو الذى يستفيد من هذا الابراء وليس الموفى الذى لا يرجع عليه الا بالجزء الذى وفاه للدائن فقط دون الجزء الذى تنازل عنه الدائن للمدين.

٢- الحالة الثانية: الوفاء الجزئى وعدم مزاحمة الدائن: فى هذه الحالة أيضا يكون الموفى قد وفى جزءا من الدين فقط. ولكن الدائن لم يبرئ المدين عن الجزء الباقى. فاذا تصورنا أن الموفى حل محل الدائن فى جزء من حقه وبقى للدائن جزء آخر قبل المدين، فهل يجوز أن يزاحم الموفى فى مطالبته بما وفاه، الدائن فى مطالبته بالجزء الباقى له، فيستفيد مثلا من نفس مرتبة الرهن الذى يضمن حق الدائن؟ قرر المشرع فى هذا الشأن أن الموفى وفاء جزئيا لا يزاحم الدائن بل يستوفى الدائن الجزء الباقى له، ثم اذا بقى شئ بعد ذلك من قيمة المال المخصص للضمان كان للموفى أن يستوفى حقه منه. والحكمة من هذا الحكم أن الدائن لا يجبر أن يقبل وفاء جزئيا لحقه كما سنرى. فاذا قبل من غير المدين أن يوفيه جزءا من حقه فانه يفترض أن الدائن قد احتفظ لنفسه

---

(١٥) راجع في التفرقة بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق من حيث شروط الانعقاد والآثار، عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ١١٤٥، ص١١٣٧ وما بعدها؛ سليمان مرقس، ج٢، فقرة ٨٥٩، ص٨٣٢ وما بعدها.

بالأولوية فيما يتعلق بالجزء الباقي.[١٦] ويجوز بطبيعة الحال الاتفاق على عكس هذا الحكم المنسوب إلى ارادتهما المفترضة. وقد نص المشرع على هذا الحكم فى المادة ١/٣٣٠ وهى تقرر «اذا وفى الغير الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء. ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدما على من وفاه، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك».

٣- الحالة الثالثة: الوفاء الجزئى من أكثر من شخص واحد: تنص المادة ٢/٣٣٠ على أنه «اذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق رجع من حل أخيرا هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء». ويواجه هذا النص الفرض الذى يوفى أكثر من شخص واحد بجزء من الدين بحيث يستوفى الدائن كل حقه. وحكم هذا الفرض أن كل من وفى بجزء من الدين يحل محل الدائن بقدر ما وفاه، ويستفيد الموفون جميعا من ضمانات حق الدائن، ويتقاسمون ثمرة الرجوع على المدين كل بنسبة الجزء الذى وفاه إلى سائر الأجزاء الأخرى.

٤- الحالة الرابعة: الوفاء من أحد الملزمين بالدين معا: اذا وفى بالدين كله أحد المدينين المتضامنين أو أحد المدينين فى دين لا يقبل الانقسام فانه لا يرجع على شركائه فى الدين الا بقدر نصيب كل منهم، وليس بكل حق الدائن وذلك تفاديا للدخول فى حلقة مفرغة تتعدد فيها الاجراءات بلا نهاية. وقد سبق أن ذكرنا هذا الحكم عند دراستنا

---

(١٦) سليمان مرقس، جـ٢، فقرة ٨٥٨، ص٨٣٢؛ عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ١١٤٣، ص١١٣٤

للتضامن بين المدينين طبقا للمادة ١/٢٩٧ التى تقرر أنه «اذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين الا بقدر حصته فى الدين، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن».

٥- الحالة الخامسة: الوفاء من أحد الحائزين: تنص المادة ٣٣١ على أنه «اذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين، وحل محل الدائنين، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين الا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار». ويصدق هذا النص على الحالة التى يشترى فيها أكثر من شخص كل منهم عقارا مرهونا ضمانا لنفس الدين. ويقوم أحدهم بوفاء كل الدين. فطبقا لفكرة الحلول الكامل يكون من حق الموفى أن يرجع على أى مشتر لعقار آخر بكل الدين كما كان يحق للدائن نفسه. ولكن المشرع جعل الحلول فى هذه الحالة ناقصا. فلا يرجع الحائز على أى حائز آخر الا بقدر نصيب الحائز الآخر. ويحسب نصيب كل من الحائزين بحسب قيمة العقار الذى يملكه إلى قيمة العقارات الاخرى المرهونة ضمانا لنفس الدين..(١٧)

ويخلص من الحالات الخمس السابق ذكرها أنه كلما كان الوفاء جزئيا، كان الحلول قاصرا على الجزء الذى تم الوفاء به. وكذلك يكون الحلول ناقصا ولو كان الوفاء كليا فى حالة الرجوع من أحد الملزمين بالدين معا على غيره منهم، أو فى حالة الرجوع من أحد الحائزين على غيره من الحائزين.

---

(١٧) راجع في أن الحائز لا يرجع اطلاقا علي الكفيل العيني، ويرجع رجوعا ناقصا علي غيره من الحائزين، كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ١٠٢ وما بعدها، ص٢٦٢ وما بعدها.

بالأولوية فيما يتعلق بالجزء الباقي.[١٦] ويجوز بطبيعة الحال الاتفاق على عكس هذا الحكم المنسوب إلى ارادتهما المفترضة. وقد نص المشرع على هذا الحكم في المادة ١/٣٣٠ وهي تقرر «اذا وفى الغير الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء. ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدما على من وفاه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك».

٣- الحالة الثالثة: الوفاء الجزئي من أكثر من شخص واحد:
تنص المادة ٢/٣٣٠ على أنه «اذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق رجع من حل أخيرا هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء». ويواجه هذا النص الفرض الذي يوفي أكثر من شخص واحد بجزء من الدين بحيث يستوفي الدائن كل حقه. وحكم هذا الفرض أن كل من وفى بجزء من الدين يحل محل الدائن بقدر ما وفاه، ويستفيد الموفون جميعا من ضمانات حق الدائن، ويتقاسمون ثمرة الرجوع على المدين، كل بنسبة الجزء الذي وفاه إلى سائر الأجزاء الأخرى.

٤- الحالة الرابعة: الوفاء من أحد الملزمين بالدين معا: اذا وفى بالدين كله أحد المدينين المتضامنين أو أحد المدينين في دين لا يقبل الانقسام فانه لا يرجع على شركائه في الدين الا بقدر نصيب كل منهم، وليس بكل حق الدائن وذلك تفاديا للدخول في حلقة مفرغة تتعدد فيها الاجراءات بلا نهاية. وقد سبق أن ذكرنا هذا الحكم عند دراستنا

---

(١٦) سليمان مرقس، جـ٢، فقرة ٨٥٨، ص٨٣٢؛ عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ١١٤٣، ص١١٣٤

للتضامن بين المدينين طبقا للمادة ١/٢٩٧ التى تقرر أنه «اذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين الا بقدر حصته فى الدين، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن».

٥- الحالة الخامسة: الوفاء من أحد الحائزين: تنص المادة ٣٣١ على أنه «اذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين، وحل محل الدائنين، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين الا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار». ويصدق هذا النص على الحالة التى يشترى فيها أكثر من شخص كل منهم عقارا مرهونا ضمانا لنفس الدين. ويقوم أحدهم بوفاء كل الدين. فطبقا لفكرة الحلول الكامل يكون من حق الموفى أن يرجع على أى مشتر لعقار آخر بكل الدين كما كان يحق للدائن نفسه. ولكن المشرع جعل الحلول فى هذه الحالة ناقصا. فلا يرجع الحائز على أى حائز آخر الا بقدر نصيب الحائز الآخر. ويحسب نصيب كل من الحائزين بحسب قيمة العقار الذى يملكه إلى قيمة العقارات الاخرى المرهونة ضمانا لنفس الدين..(١٧)

ويخلص من الحالات الخمس السابق ذكرها أنه كلما كان الوفاء جزئيا، كان الحلول قاصرا على الجزء الذى تم الوفاء به. وكذلك يكون الحلول ناقصا ولو كان الوفاء كليا فى حالة الرجوع من أحد الملزمين بالدين معا على غيره منهم، أو فى حالة الرجوع من أحد الحائزين على غيره من الحائزين.

---

(١٧) راجع في أن الحائز لا يرجع اطلاقا علي الكفيل العيني، ويرجع رجوعا ناقصا علي غيره من الحائزين، كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ١٠٢ وما بعدها، ص٢٦٢ وما بعدها.

المطلب الثاني
الموفي له

٢١٣- الموفي له هو الدائن أو نائبه:

تنص المادة ٣٣٢ على أن «يكون الوفاء للدائن أو لنائبه. ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن، الا اذا كان متفقا على أن الوفاء يكون للدائن شخصيا». ويقوم الحكم الوارد فى هذا النص على فكرة بسيطة مؤداها أن الدائن هو صاحب المصلحة فى الدين. ولذلك من الطبيعى أن يتم الوفاء له. ولكن نظرا لأن الوفاء تصرف قانونى أو هو اتفاق بين الموفى والموفى له، فلابد أن يكون الدائن متمتعا بأهلية الأداء. فان كان عديم الأهلية أو ناقصها فلا يكون الوفاء له صحيحا بل لابد من الوفاء لنائبه القانونى، كالولى أو الوصى أو القيم على المحجور عليه. ومع ذلك فاذا عادت على الدائن الذى ليس أهلا للاستيفاء، فائدة من الوفاء الذى تم له، فان ذمة المدين تبرأ بقدر هذه الفائدة.

وكما يصح الوفاء للدائن نفسه فانه يصح لنائبه، اذ أن النيابة القانونية جائزة فى كل التصرفات القانونية بحسب الأصل. ولا يكون هناك مانع من الوفاء لنائب الدائن الا اذا وجد اتفاق خاص على أن يكون الوفاء للدائن شخصيا. أما اذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق فان الوفاء يكون لنائب الدائن كما يكون للدائن نفسه. والنائب اما أن يكون نائبا قانونيا كالولى، أو نائبا قضائيا كالوصى والقيم وسنديك التفليسة، أو نائبا اتفاقيا كالوكيل الاتفاقى.[١٨]

---

(١٨) ويجوز للموفي أن يودع مبلغ الدين في حساب جاري للدائن لدي أحد البنوك ويعتبر البنك نائبا عن الدائن في استيفاء الدين.

وقد وضع المشرع قرينة قانونية يمكن للمدين أن يستدل منها على أن الشخص الذى يتقدم للاستيفاء منه هو نائب عن الدائن، وذلك عندما يتقدم له هذا الشخص بمخالصة صادرة من الدائن، مثال ذلك بواب العمارة الذى يقدم للمستأجر ايصال الأجرة، فان ذلك يكفى دليلا على نيابة البواب عن المؤجر ويجعل الوفاء له صحيحا مبرئا لذمة المستأجر.

ولكن اذا كان الأصل أن يتم الوفاء للدائن أو لنائبه، فانه فى بعض الحالات يتم لغير الدائن أو نائبه.

٢١٤- الموفي له غير الدائن:

تنص المادة ٣٣٣ على أنه «اذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين الا اذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه، وبقدر هذه المنفعة، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته». وطبقا لهذا النص فان هناك ثلاث حالات فقط يكون الوفاء فيها مبرئا لذمة المدين رغم أنه قد تم لغير الدائن أو نائبه.

١- اذا وفى المدين الدين شخصا غير مفوض من الدائن فى استيفاء الدين، ولكن الدائن أقر الوفاء بعد ذلك. فالاقرار اللاحق يعتبر كالوكالة السابقة. ويعتبر الموفى له كالنائب عن الدائن فى استيفاء الدين.[١٩]

---

(١٩) قضت محكمة النقض بأنه «إذا كان صحيحا أن قبض الدائن قيمة الشيك التي استلمه آخر من المدين يعد اقرارا منه لهذا الوفاء بحيث يصبح هذا الغير في هذه الحالة وكيلا بعد أن بدأ فضوليا - علي ما تقضي به المادة ٣٣٣ من القانون المدني ومذكرته التفسيرية...» (نقض مدني، ١٩٦٢/٤/٥ - مجموعة قواعد النقض، طعن رقم ٣٤٠ لسنة ٢٦ق، س١٣، رقم ٦١ ص٤١٤).

٢- اذا تم الوفاء لغير الدائن أو نائبه ومع ذلك عادت على الدائن منفعة من هذا الوفاء، كأن قام الموفى له بسداد المبلغ الذى استوفاه للدائن، أو قام بدفعه فى دين على الدائن واجب الاداء فورا، فان ذمة المدين تبرأ بقدر المنفعة التى عادت على الدائن.

٣- اذا قام المدين بالوفاء لشخص كان الدين فى حيازته، ويسمى هذا الشخص اصطلاحا بالدائن الظاهر، وهو شخص غير الدائن الحقيقى ومع ذلك فان الناس تأخذه على أنه الدائن الحقيقى. مثال ذلك الوارث الظاهر وهو شخص غير وارث حقيقة ولكنه يعتبر نفسه ويعتبره الناس الوارث الحقيقى، إلى أن ينكشف الوضع الظاهر، ويظهر الوارث الحقيقى. ومثال ذلك، أيضا حائز الشئ الذى يظهر كأنه المالك له. كالشخص الذى يصل إلى يده سند لحامله دون أن يكون صاحب حق فيه. ويتجه المشرع فى كثير من النصوص إلى حماية الأوضاع الظاهرة، حماية للثقة المشروعة فى المعاملات.[٢٠] ومن هذه النصوص، النص الذى ندرسه الآن وهو الخاص بالوفاء للدائن الظاهر. فقد اعتبر المشرع أن الوفاء لغير الدائن الحقيقى يكون صحيحا اذا تم للدائن الظاهر وهو الشخص الذى يكون الدين فى حيازته. ولا يكون للدائن الحقيقى أن يرجع على المدين الذى برئت ذمته بالوفاء للدائن الظاهر، ولكن يرجع فقط على الدائن الظاهر طبقا لقواعد الاثراء بلا سبب.

٢١٥- العرض الحقيقي والايداع:

افترضنا فى كل ما سبق ذكره عن الموفى له سواء كان هو الدائن أو

---

(٢٠) راجع في الموضوع، عبد الباسط جميعي، نظرية الأوضاع الظاهرة، رسالة من القاهرة، على الألة الكاتبة، ١٩٥٥

نائبه أو غير الدائن، أن الوفاء يتم باتفاق بين طرفين هما الموفى والموفى له. ولكن يحدث أن يمتنع الدائن عن استيفاء حقه، فيجوز للمدين فى هذه الحالة أن يجبره على ذلك عن طريق العرض الحقيقى والايداع. وقد نصت المادة ٣٣٤ على أنه «اذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا، أو رفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء، أعتبر أنه قد تم اعذاره من الوقت الذى يسجل المدين عليه هذا الرفض باعلان رسمى».[٢١] وهناك حالات أخرى غير رفض الدائن يجوز فيها للمدين أن يلجأ للعرض الحقيقى والايداع. وقد نصت على هذه الحالات المادة ٣٣٨ وهى تقرر «يكون الايداع أو ما يقوم مقامه من اجراء جائز أيضا، اذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء. أو كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص، أو كانت هناك أسباب جدية أخرى تبرر هذا الاجراء». وفى جميع الحالات التى يتم فيها العرض الحقيقى والايداع، يكون الوفاء قد تم بالارادة المنفردة من جانب المدين، وليس باتفاق بين الموفى والموفى له. والحالات التى يجوز فيها ذلك بحسب النصين السابقين هى: ١- اذا رفض الدائن استيفاء حقه أو أعلن أنه لن يقبل ذلك أو رفض الانتقال إلى مكان المدين اذا كان متفقا على أن الوفاء يتم فى مكان المدين، أو رفض القيام بأى اجراء لا يتم الوفاء بدونه.

---

(٢١) قضت محكمة النقض بأن «عرض البائع علي المشتري أمام المحكمة البضاعة المبيعة هو عرض حقيقي وفقا للمادة ٦٩٧ من قانون المرافعات - القديم - متي كان العقد لم يحدد ميعادا للتسليم». (نقض مدني - ١٩٥١/٢/٨ - مجموعة قواعد النقض، الطعن رقم ١٢٤ لسنة ١٨ق - س٢ - رقم ٦٠ ص٣١٠).

٢- اذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه، كما لو انتقل حق الدائن بالميراث إلى شخص لا يعرفه المدين أو لا يعلم مكان اقامته.

٣- اذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب قانونى يقبل عنه الوفاء. وقد سبق أن رأينا أن الوفاء للدائن نفسه فى هذه الحالة لا يكون مبرئا لذمة المدين.

٤- اذا كان الدين متنازعا فيه بين عدة أشخاص، كما لو وجد أكثر من محال له واحد، أو أكثر من وارث واحد، يدعى كل منهم أنه صاحب الحق الوحيد فى الاستيفاء.

والأسباب السابق ذكرها لم يذكرها المشرع على سبيل الحصر، بل أجاز للمدين أن يلجأ للعرض الحقيقى والايداع فى كل حالة يوجد فيها سبب جدى يبرر ذلك. ومن هذا القبيل أن يتعذر على المدين أن يحصل من الدائن على مخالصة بالوفاء. فيقوم بايداع الدين حتى يكون لديه الدليل على براءة ذمته.

٢١٦- اجراءات العرض الحقيقي والايداع:

تمر اجراءات العرض الحقيقى بثلاث مراحل وهى الاعذار، والعرض الحقيقى، والايداع.

١- فيجب على المدين أولا أن يعذر الدائن بقبول الوفاء، ويكون الاعذار باعلان رسمى على يد محضر. ويجب أن يكون الإعلان متضمنا استعداد المدين للوفاء بكل الدين وملحقاته وأن يتم ذلك عند حلول أجل

الوفاء بالدين. والحاجة إلى الاعذار لا تظهر الا فى الحالات التى يرفض فيها الدائن استيفاء الدين. أما فى الحالات الأخرى التى يجوز فيها العرض الحقيقى والايداع كجهل المدين بشخصية الدائن أو موطنه.. الخ. فلا يكون هناك محل لاعذار الدائن بل يلجأ المدين إلى الاجراء الثانى مباشرة، وهو العرض الحقيقى ثم الايداع بعد ذلك. واذا تم اعذار الدائن ترتبت على ذلك عدة نتائج هامة نصت عليها المادة ٣٣٥ «اذا تم اعذار الدائن، تحمل تبعة هلاك الشئ أو تلفه، ووقف سريان الفوائد، وأصبح للمدين الحق فى ايداع الشئ على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر». وطبقا لهذا النص اذا تم اعذار الدائن ثم هلك الشئ الواجب التسليم أو تلف فانه يهلك أو يتلف على الدائن لا على المدين، بينما هو يهلك على المدين لو لم يكن قد أعذر الدائن فى تسلمه.(٢٢) وكذلك يقف سريان الفوائد التى كانت سارية لمصلحة الدائن.

٢- والمرحلة الثانية بعد الاعذار هى مرحلة العرض الحقيقى، وهو يتم على يد محضر فاذا كان محل الدين نقودا أو أشياء أخرى يمكن حملها فان المحضر يحملها معه ويعرضها على الدائن. فاذا رفض الدائن ذلك ذكر المحضر هذا الرفض فى المحضر الذى يحرره. أما ما لا يمكن تسليمه من الأعيان فى موطن الدائن فيتم عرضه بمجرد تكليف الدائن على يد محضر بتسلمه (م٤٨٧ من قانون المرافعات الجديد).

٣- فاذا رفض الدائن العرض الحقيقى، بدأ الاجراء الثالث والأخير وهو الايداع. ويختلف اجراء الايداع بحسب طبيعة الشئ فاذا كان

---

(٢٢) جعل المشرع تبعه هلاك الشئ المبيع مرتبطه بالتسليم، وليس بانتقال الملكية، راجع كتابنا، عقد البيع، فقرة ٦٢، ص٢٤٥ وما بعدها.

المعروض نقودا قام المحضر بايداعها خزانة المحكمة فى اليوم التالى لتاريخ محضر العرض الحقيقى على الأكثر، وعلى المحضر أن يعلن الدائن بصورة من محضر الايداع خلال ثلاثة أيام من تاريخه. واذا كان المعروض شيئا غير النقود جاز للمدين الذى رفض عرضه أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة الترخيص فى ايداعه بالمكان الذى يعينه القاضى اذا كان الشئ مما يمكن نقله، أما اذا كان الشئ معدا للبقاء حيث وجد جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة (راجع المادة ٤٨٨ من قانون المرافعات الجديد).

٢١٧- آثار العرض والايداع:

تنص المادة ٣٣٩ مدنى على أن «يقوم العرض الحقيقى بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء، اذا تلاه ايداع يتم وفقا لأحكان قانون المرافعات، أو تلاه أى اجراء مماثل، وذلك اذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته». وطبقا لهذا النص فان مجرد العرض والايداع. لا يؤدي إلي براءة ذمة المدين، بل لابد من حدوث أمر آخر يؤكد العرض والايداع وهذا الأمر الأخر هو واحد من اثنين: فاما أن يقبل الدائن العرض الحقيقى والايداع أى يعدل عن الموقف السلبى أو موقف الرفض الذى كان يتخذه، أو أن يصدر حكم نهائى بصحة العرض والايداع. وهذا الحكم يصدر فى الدعوى التى يرفعها المدين بطلب صحة العرض والايداع، أو يرفعها الدائن بطلب بطلان العرض والايداع.[٢٣]

---

(٢٣) استصدار حكم من القضاء ليس شرطا ضروريا لصحة الايداع وقد قضت محكمة النقض بأنه واذا كان المستأجر عندما عرض السيارة المؤجرة عرضا رسميا علي المؤجر عند انتهاء مدة العقد ورفض المؤجر استلامها قام بايداعها «جراجا» معينا وأنذر المؤجر بذلك علي يد محضر وصرح له باستلامها بغير قيد ولا شرط. فيجب علي المحكمة أن تقول كلمتها في=

فـاذا قـبـل الدائن العـرض والايداع أو صـدر حكم نهـائى بصـحـة العرض والايداع، ترتب الأمر الذى يهدف إليه المدين وهو براءة ذمتـه من الدين. كـمـا لو كـان قد وفى به فـعـلا للدائن. وتبرأ ذمة المدين من وقت العـرض. أى أن أثر قـبـول الدائن أو صـدور حكم نهـائى بصـحـة العـرض يرجع إلى الماضى إلى وقت العرض.

وجدير بالذكـر أنه يجوز للمـدين أن يرجع فى عـرضـه وأن يسـتـرد الشئ المودع فى الوقت السـابق على قبول الدائن العرض أو صدور حكم بصحتـه. أمابعد قبول الدائن أو صدور حكم بصحة العرض فلا يجوز للمدين أن يرجع فى عرضه. ويشـتـرط فى رجوع المدين فى عرضـه بجانب أن يتم ذلك قبـل موافقة الدائن أو صدور حكم بصـحة العرض، أن يقوم المدين باعـلان الدائن على يد مـحـضـر بنيتـه فى الرجوع فى العـرض ولا يعتـرض الدائن على ذلك لمدة ثلاثة أيام.[٢٤] فـيـفـهم من ذلك أن الدائن غيـر مكترث بالعرض ولن يصيبه ضرر من رجوع المدين فيه. واذا رجع المدين فى العرض واسـترد الشئ المودع فـانه يظل مدينا بالدين ولا تبرأ ذمته أو ذمة شركائه فى الدين ولا ذمة الضامنين (م٣٤٠ مدنى).[٢٥]

= هذا الاجراء وهل يعتبر مماثلا للايداع في حكم المادة ٣٣٩ مدني وهل هو يؤكد صحة العرض ويتوافر فيه موجب الايداع من تخلي المدين وصلاحية مكان الايداع. فاذا كانت المحكمة قد اعتبرت أن عرض السيارة في هذه الحالة كان ناقصا دون أن تبحث صحة الاجراء الذي اتخذه المستأجر وتطلبت منه أن يكون قد حصل مبدئيا علي حكم بايداع السيارة فان الحكم يكون قد خالف القانون، إذ أن هذا الاجراء ليس من الشروط الحتمية لصحة الاجراء المماثل بالايداع الذي يجب أن يعقب العرض. فكما يجوز أن يكون هذا الاجراء المماثل قد طلب ابتداء من القضاء في صورة دعوي مراسه، يجوز أن يعرض علي القضاء كدفع في دعوي المطالبة بالاجرة ليقول فيه كلمته من حيث استيفاء الشروط السابق بيانها (٢٧/١٢/١٩٥٦). (نقض مدني، مجموعة أحكام النقض الطعن رقم ٢٦ لسنة ٢٣ق س٧ - رقم ١٤٥ - ص١٠٢٢).

(٢٤) ، ٤٩٢ من قانون المرافعات الجديد.

(٢٥) قضت محكمة النقض بأن «الإيداع الحاصل علي ذمة أحد دائني المدين لا يخرج به المبلغ=

المبحث الثاني
محل الوفاء

٢١٨- الوفاء بالشئ المستحق أصلا:

تنص المادة ٣٤١ مدنى على أن «الشئ المستحق أصلا هو الذى به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شئ غيره، ولو كان هذا الشئ مساويا له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى».

ويحدد هذا النص محل الوفاء بأنه نفس محل الالتزام الذى يتم الوفاء به. فاذا كان محل الالتزام اعطاء شئ معين بالذات كمنزل أو قطعة أرض أو حصان... إلخ. فيجب أن يتم الوفاء بذات الشئ. ولا يجبر الدائن على قبول شئ آخر غيره ولو كان أفضل منه. ولكن اذا قبل الدائن استيفاء شئ غير محل الالتزام فان ذلك جائز. وهذا هو الوفاء بمقابل الذى سندرسه فيما بعد. واذا كان محل الالتزام اعطاء شئ معين بالنوع ككمية من الحبوب أو مقدار من القطن، فيجب على المدين أن يوفى بهذا الشئ، بنفس الكمية أو المقدار وبنفس درجة الجودة المتفق عليها. فاذا لم يكن هناك اتفاق على درجة الجودة، وجب أن تكون درجة جودة الشئ الذى يتم الوفاء به متوسطة. (م١٣٣/ ٢مدنى).[٢٦١] واذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وجب الوفاء بقدر عددها المذكور فى العقد ولا يكون لزيادة قيمة العملة أو انخفاضها أى أثر (م١٣٤ مدنى).

= المودع من ملكية المودع إلا بقبول الدائن له، فقبل ذلك يستطيع المدين أن يوجه المبلغ الذي أودعه أية جهة أخرى» (نقض ١٩٣٤/٤/٢٨، مجموعة قواعد النقض، ١٣٢، ٢٧٩)

(٢٦١) راجع كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ٦٥، ص٧٢ وما بعدها.

كما يجب الوفاء بالعملة النقدية ذاتها وليس بحوالة بريدية أو كمبيالة أو شيك، فهذه ليست نقودا ولا يصح بها الوفاء الا اذا قبلها الدائن.[٢٧] واذا كان محل الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عنه، وجب القيام بالعمل المطلوب القيام به أو الامتناع عن العمل المنهى عنه بغير نقص أو زيادة.

٢١٩- الوفاء بكل الشئ المستحق:

تنص المادة ٣٤٢ مدنى على أنه «(١) لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئيا لحقه. ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك. (٢) فاذا كان الدين متنازعا فى جزء منه وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء». وطبقا لهذا النص فان الدين لا يقبل التجزئة بحسب الأصل فى العلاقة بين الدائن والمدين حتى ولو كان يقبل التجزئة بحسب طبيعته كالدين النقدى. فلا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على قبول استيفاء جزء من الدين، ولا يجوز للدائن أن يجبر المدين على الوفاء بجزء من الدين اذا كان المدين يعرض الوفاء بكل الدين. ولكن يجوز مع ذلك الخروج على الاصل فى عدم تجزئة الدين إما باتفاق المتعاقدين أو حكم القاضى أو نص القانون. فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على تقسيط الوفاء بالدين سواء تم هذا الاتفاق وقت انشاء الالتزام أو عند حلول أجل الوفاء به. ويجوز للقاضى أن يمنح المدين آجالا يقسط فيها الوفاء بالتزامه طبقا لأحكام نظرة الميسرة التى سندرسها فيما بعد (م٣٤٦/٢ مدنى). ويجوز

---

(٢٧) قضت محكمة النقض بأن «الشيك وان اعتبر في الأصل أداة وفاء الا أن مجرد سحب الشيك لا يعتبر وفاء مبرئا لذمة صاحبه. ولا ينقضي التزامه إلا بقيام البنك المسحوب عليه بصرف قيمة الشيك للمستفيد». (نقض مدني ١٩٧٩/١٢/١٠ - مجموعة أحكام النقض. الطعن رقم ٤١٧ لسنة ٤٥ق، س٣٠- رقم (٣٧٥) ص١٩٧).

للقانون أن يقرر تجزئة الدين فى بعض الأحيان، كالمقاصة فهى تؤدى إلى انقضاء كل من الدينين بقدر الأقل منهما وهو أمر يؤدى إلى تجزئة الوفاء بأحد الدينين. وسنتبين ذلك عند دراستنا للمقاصة كسبب من أسباب انقضاء الالتزام. ومن هذا القبيل أيضا ما تنص عليه المادة ٢/٣٤٢ السابق ذكرها، عندما يثور نزاع بين الدائن والمدين على جزء من الدين، فيجوز للدائن فى هذه الحالة أن يجبر المدين على الوفاء بالجزء غير المتنازع فيه، وترك الجزء المتنازع فيه إلى أن يفصل فيه القضاء.[٢٨]

٢٢٠- الوفاء بالدين وملحقاته:

لا يكفى أن يفى المدين بأصل الدين، بل يجب أن يفى به وبملحقاته كالفوائد والمصروفات. بل أن المشرع جعل الوفاء بالملحقات واجبا قبل الوفاء بأصل الدين. بحيث اذا كان المبلغ الذى وفى به المدين لا يكفى للوفاء بالأصل والملحقات فان الخصم يتم من الملحقات أولا وقبل أصل الدين. وقد نصت على هذا الحكم المادة ٣٤٣ مدنى وهى تقرر أنه «اذا كان المدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد وكان ما أداه لا يفى بالدين مع هذه الملحقات، خصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين، كل هذا ما لم يتفق على غيره». ويفترض هنا النص أن الدائن قبل وفاء جزئيا لحقه، وأنه لم يتفق مع المدين على كيفية خصم الجزء الذى تم الوفاء به من أصل الدين وملحقاته. ولذلك

---

(٢٨) قضت محكمة النقض بأنه «وان كانت المادة ٢/٣٤٢ من القانون المدني تنص على أنه ليس للمدين أن يرفض الوفاء بالجزء المعترف به من الدين إذا قبل الدائن إستيفاءه إلا أن المادة ٣٤٩ من ذات القانون تخوله إذا وفي الدين كله حق المطالبة برد سند الدين أو الغائه، فاذا رفض الدائن ذلك جاز له أن يودع الشئ المستحق ايداعا قضائيا». (نقض مدني ١٧/٢/١٩٧٢ - مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ٩٤ لسنة ٣٧ ق - س٢٣ - الرقم (٩٣٣) - ص٢١١).

يضع النص قاعدة مكملة يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها، ومؤداها أن ما دفع يخصم أولا من المصروفات، والمقصود بذلك نفقات انشاء الدين ونفقات الوفاء به وهى التى يتحملها المدين بحسب الأصل (م٣٤٨ مدنى). ومن أمثلة نفقات الوفاء بالدين، نفقات انتقال المدين إلى مكان الدائن اذا كان الوفاء واجبا فى موطن الدائن أو نفقات ارسال النقود بالبريد أو عن طريق البنوك أو نفقات الكيل والوزن... الخ. ثم يخصم ما دفع بعد ذلك من الفوائد المستحقة للدائن سواء كانت فوائد تعويضية أو تأخيرية، قانونية أو اتفاقية. ثم يخصم الباقى بعد ذلك من أصل الدين. وهذه القواعد لا تتعلق بالنظام العام، بل يجوز الاتفاق على ترتيب آخر للطريقة التى يتم بها خصم ما دفع من أصل الدين ومصروفاته وفوائده.(٢٩)

١٢١- تعدد الديون مع وحدة كل من الدائن والمدين:

واجه المشرع الفرض الذى يكون فيه للدائن أكثر من حق واحد فى مواجهة مدين واحد. فاذا وفى المدين بشئ لا يكفى للوفاء بكل هذه الديون معا فمن أى دين يحسب الشئ الذى تم الوفاء به؟.

وقد نصت المادة ٣٤٤ اجابة على هذا التساؤل أنه «اذا تعددت الديون فى ذمة المدين، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد، وكان ما أداه

(٢٩) راجع في اللحقات التي يضمنها الرهن الرسمي، كتابنا التأمينات الشخصية والعينية، في موضوع الأفضلية، فقرة ٨٩، ص٢٣٥، ونتناول في هذا الموضوع شرح المادة ١٠٥٨/ ٢ مدني التي تقرر أن يدخل في التوزيع مع أصل الدين وفي نفس مرتبة الرهن «فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ إلي يوم رسو المزاد، دون مساس بالقيود الخاصة التي تؤخذ ضمانا لفوائد اخري قد استحقت والتي تحسب مرتبتها من وقت اجرائها. ».

المدين لا يفى بهذه الديون جميعا، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به، ما لم يوجد مانع قانونى أو اتفاقى يحول دون هذا التعيين».

وتنص المادة ٣٤٥ على أنه «اذا لم يعين الدين على الوجه المبين فى المادة السابقة، كان الخصم من حساب الدين الذى حل. فاذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين، فاذا تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن». ولتطبيق هذه النصوص يجب أن يكون هناك مدين واحد ودائن واحد وعدة ديون فى ذمة هذا المدين قبل هذا الدائن، وأن تكون هذه الديون من جنس واحد كمبلغ من النقود مثلا، وأن يكون الشئ الذى تم الوفاء به لا يكفى لوفاء هذه الديون جميعا. فيكون من المتعين تحديد الدين الذى تم الوفاء به حتى تبرأ ذمة المدين منه مع بقاء الديون الأخرى فى ذمته.[٣٠] وقد وضع المشرع عدة حلول لتعيين جهة الدفع وذلك على الترتيب الآتى: ١- المدين هو الذي يعين الدين الذي يوفى به. الا اذا وجد مانع يفرض عليه أن يكون الوفاء أولا بدين غير الدين الذى اختار هو الوفاء به، أو حال مانع قانونى دون ذلك كما لو اختار المدين أن يوفى بدين لا يكفى الوفاء به المبلغ الذى دفعه للدائن فيكون ذلك بمثابة اجبار الدائن على قبول وفاء جزئى لحقه وهو غير جائز كما سبق أن رأينا.

٢- اذا لم يعين المدين جهة الدفع فيكون الوفاء قد تم للدين الذى

---

(٣٠) قضت محكمة النقض بأن «المستفاد من نص المادتين ٣٤٤ و٣٤٥ من القانون المدني أن تعيين الدين المدفوع إنما يقوم إذا كان على المدين ديون متعددة لدائن واحد وكانت جميعها من جنس واحد». (نقض مدني ٢٣/٤/١٩٧٠ - مجموعة أحكام النقض - س٢١ - الطعن رقم ٨٥ لسنة ٣٦ ق رقم (١١٤) ص٧٠٢).

حل، اذ المفروض أن يوفى المدين بما حل عليه من دين قبل أن يوفى بدين لم يحل أجل الوفاء به بعد.

٣- فاذا وجد أكثر من دين حل أجل الوفاء به، فيكون الخصم من الدين الأكثر كلفة على المدين، لأن المفروض أن ارادة المدين تتجه إلى تخليص نفسها من الديون الأشد كلفة عليها قبل الديون الأقل كلفة. ويكون الدين أشد كلفة اذا كان ينتج فائدة دون غيره من الديون، أو كانت فائدته أكبر أو كانت مدة تقادمه أطول أو كان ثابتا فى سند تنفيذى أو كان مضمونا بكفالة أو رهن أو غير ذلك من التأمينات ... الخ.

٤- فاذا تعددت الديون الحالة ولم يعرف أى منها أشد كلفة على المدين، فان الدائن هو الذى يعين الدين الذى يتم الوفاء به. فالمدين لم يستخدم رخصة الاختيار التى أعطاها له المشرع، وليست له مصلحة فى الوفاء بدين دون غيره، فلا ضرر أن ينتقل الحق فى الاختيار إلى الدائن نفسه.

٢٢٢- زمان الوفاء بالالتزام:

تنص المادة ٣٤٦ مدنى على أنه «يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضى بغير ذلك. (٢) على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية، اذا لم يمنعه نص فى القانون أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم».

ويتضح من هذا النص أن الأصل هو الوفاء بالالتزام فورا أى بمجرد نشأته. ولكن يحدث كثيرا فى العمل أن يتفق المتعاقدان على تأجيل الوفاء بالالتزام أى تعليق الالتزام على أجل واقف. فالمقترض يلتزم برد مبلغ القرض فى أجل معين والبائع يلتزم بتسليم المبيع فى تاريخ معين والمشترى يلتزم بسداد الثمن فى نفس التاريخ.. وهكذا. ومن ناحية أخرى فقد يكون تأخير الوفاء بالالتزام مما تقتضيه طبيعة الالتزام. وعلى وجه التحديد فان كل الالتزامات التى محلها عمل أو الامتناع عن عمل لا يمكن تنفيذها فى الحال. فهى بحسب طبيعتها يتم تنفيذها مستقبلا.[٣١] وكذلك فان القانون نفسه قد يتدخل فى تحديد أجل الوفاء بالالتزام. مثال ذلك فوائد التأخير التى لا تستحق بحسب الأصل الا من تاريخ المطالبة القضائية. فاذا لم يكن تأجيل الوفاء بالالتزام مما يقتضيه اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام أو نص القانون، فيجب أن يتم الوفاء بالالتزام فور نشأته. ومع ذلك فقد وضع المشرع نظاما يجوز عن طريقه تأجيل الوفاء بالالتزام بواسطة القاضى. وهو ما يسمى نظرة الميسرة. فالقاضى يستطيع أن ينظر المدين إلى أجل أول آجال يقسط فيها الدين اذا توافرت شروط معينة هى: ١- أن تكون ظروف المدين تبرر هذا التيسير، بأن يكون حسن النية فى تأخره فى الوفاء وأن يكون لديه مال يكفى للوفاء بالدين اذا أجل القاضى ميعاد الوفاء به أو قسط عليه الدين. أما اذا كان المدين سئ النية أو كان معسرا فلا يكون هناك مجال للتيسير عليه. ٢- ألا يترتب على تأجيل الدين ضرر جسيم للدائن اذ لا يجوز التيسير للمدين على حساب الاضرار البالغ بالدائن. ٣- ألا يكون

---

(٣١) راجع في شرح نص المادة ١/١٣١ مدني التي تقرر أنه «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا»، كتابنا مصادر الالتزام، فقرة ٦٢ وفقرة ٦٤، ص٧٠٠ وما بعدها.

هناك مانع قانونى لنظرة الميسرة ومن هذا الشأن ما يقرره القانون التجارى من أنه، لا يجوز للقضاة أن يعطوا مهلة بدفع قيمة الكمبيالة.

٤- ويجب أخيرا أن يكون الأجل الذى يمنحه القاضى أجلا معقولا من شأنه أن يحفز المدين على الوفاء ويساعده على ذلك وهو ما يرجع إلى تقدير القاضى. ويلاحظ أن الحكم بنظرة الميسرة هو أمر جوازى للقاضى يدخل فى سلطته التقديرية.(٣٢) ويترتب على نظرة الميسرة ما يترتب على الأجل الواقف من آثار. وبصفة خاصة لا يجوز تنفيذ الالتزام جبرا قبل حلول الأجل الذى عينه القاضى. ولكن هذا الاجل لا يمنع الدائن من اتخاذ الاجراءات التحفظية. ويصبح الالتزام واجب التنفيذ فورا بمجرد حلول الأجل. وكذلك يسقط الأجل بافلاس المدين أو اعساره، أو اذا أضعف بفعله ما أعطى للدائن من تأمين خاص، أو اذا لم يقدم له ما وعد بتقديمه من تأمينات.

٢٢٣- مكان الوفاء بالالتزام:

تحديد مكان الوفاء بالالتزام من المسائل الهامة من الناحية العملية. لأن المدين لا يعتبر متأخرا فى الوفاء بالالتزام الا اذا رفض القيام بذلك فى نفس المكان المعين للوفاء. والأصل أن يحدد المتعاقدان مكان الوفاء. وقد يكون هذا المكان هو موطن المدين أو موطن الدائن أو مكان وجود العقار محل الالتزام، أو المكان الذى يصرف منه الدائن حوالة بريدية أو شيكا على أحد البنوك. أو أن يكون هذا المكان هو مكتب أحد

---

(٣٢) نظرة الميسرة تؤدي إلي تجديد الالتزام بتغيير وصف من أوصافه هو الأجل، وهو ما يؤدي إلي انقضاء الالتزام القديم، ونشأة التزام جديد، مصدره حكم القاضي، ويكون حكم القاضي الصادر بما له من سلطة تقديرية، حكما مجددا ومنشئا ومصدرا لالتزام جديد، وهذه واحدة من تطبيقات الالتزام القضائي. راجع، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ٢٩٩، ص٤٨٢.

المحامين..الخ. فاذا لم يوجد اتفاق من هذا القبيل فقد تكفل القانون بتحديد مكان الوفاء، ويختلف الحكم بحسب نوع محل الالتزام.

١- فاذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات كمنزل أو قطعة أثاث مثلا فانه بحسب المادة ١/٣٤٧ يجب تسليم هذا الشئ «فى المكان الذى كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك». والعبرة بمكان وجود الشئ وقت نشأة الالتزام وليس وقت الوفاء به.

٢- أما اذا لم يكن محل الالتزام شيئا معينا بالذات، فان مكان الوفاء به يكون موطن المدين أو مركز أعماله.[٣٣] وقد نصت على هذا الحكم المادة ٢/٣٤٧ وهى تقرر «أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الاعمال». ويسرى هذا النص على كل التزام يكون محله اعطاء شئ غير معين بالذات، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. وأساس هذه القاعدة أن الدين مطلوب غير محمول، أى أن الدائن هو الذى يسعى إلى المدين فى طلب الدين، وليس المدين هو الذى يسعى للدائن حاملا له الدين. والعبرة بموطن المدين وقت الوفاء وليس وقت نشأة الالتزام. واذا تعلق الالتزام بنشاط المدين التجارى أو الصناعى أو الزراعى فان مكان الوفاء يكون هو مركز أعمال المدين الذى يتعلق بها الالتزام. ولكن يجوز

---

(٣٣) قضت محكمة النقض بأنه «لما كان الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون دفع الدين في محل المدين إلا اذا اتفق علي خلاف ذلك...» (نقض ١٩٥٤/١٢/٩، مجموعة أحكام النقض، ١٢٢، ٢٧٨، محمد كمال عبد العزيز، ص١٠٤٩).

للمدين أن يتنازل عن هذا الحكم المقرر لمصلحته ويقوم بوفاء الدين فى موطن الدائن. وقد يستدل على تنازل المدين من حمله معظم أقساط الدين بنفسه إلى الدائن. فيكون من الواجب عليه أن يستمر فى ذلك بالنسبة للأقساط الأخرى الباقية.(٣٤)

(٣٤) يستدل في تفسير العقد، علي ما جري عليه العمل بين الطرفين في تنفيذه. راجع، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ١٢٢، ص١٤٧.

الفصل الثانى
انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

٢٢٤- تعداد:

أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء هى الوفاء بمقابل والتجديد والانابة فى الوفاء والمقاصة واتحاد الذمة. وفى كل هذه الأسباب لا ينقضى الالتزام بالوفاء بالشئ المستحق أصلا ولكن بما يعادل هذا الشئ.

المبحث الأول
الوفاء بمقابل

٢٢٥- تعريف الوفاء بمقابل وبيان أركانه:

تنص المادة ٣٥٠ مدنى على أنه «اذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشئ المستحق. قام هذا مقام الوفاء». ويتضح من هذا النص أن الوفاء بمقابل هو اتفاق بين الدائن والمدين على أن يوفى المدين للدائن بشئ آخر غير محل الالتزام ويقوم المدين بوفاء هذا الشئ فعلا. فالدائن يستعيض فى الوفاء بمقابل بشئ آخر غير الشئ محل الالتزام. وهو اذا كان لا يجبر على قبول الوفاء بشئ غير المستحق أصلا، الا أنه يملك قبول ما يعرضه المدين من الوفاء بشئ آخر غير المستحق أصلا. والوفاء بمقابل سبب لانقضاء الالتزام غير الوفاء. وهو بحسب التعريف السابق ذكره يتكون من عنصرين أولهما الاتفاق بين الدائن والمدين وثانيهما تنفيذ هذا الاتفاق.

١- فالوفاء بمقابل اتفاق بين الدائن والمدين. لأن المدين لا يستطيع أن يفرض على الدائن استيفاء شئ غى المستحق أصلا. ولكن يجوز للدائن أن يقبل ذلك اذا أراد. وفى هذه الحالة ينعقد عقد جديد بين الدائن والمدين. ويجب أن يكون هذا العقد صحيحا طبقا للقواعد العامة من حيث الارادة والأهلية والمحل والسبب. وهناك شرط خاص بالمحل وهو أن يتمثل فى نقل ملكية شئ من المدين إلى الدائن عوضا عن الشئ المستحق أصلا، كنقل ملكية سيارة أو منزل أو دفع مبلغ من النقود. أما اذا كان محل الالتزام الناشئ عن العقد الجديد هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل فلا نكون بصدد وفاء بمقابل بل بصدد تجديد للالتزام عن طريق إنشاء التزام جديد يحل محل الالتزام السابق كما سنرى فيما بعد.

٢- والعنصر الثانى للوفاء بمقابل هو أن ينفذ هذا الاتفاق فى الحال(٣٥) فتنتقل الملكية إلى الدائن. ويكون ذلك فى الأشياء المعينة بالذات بمجرد العقد، وفى الأشياء المعينة بالنوع بطريق الافراز، مع ضرورة تسجيل العقد فيما يتعلق بالعقارات، وقد درسنا ذلك من قبل. أما اذا لم تنتقل الملكية بل اقتصر الأمر على انشاء التزام بنقل الملكية، فان عنصرا من عناصر الوفاء بمقابل يكون قد تخلف، ويمكن فقط اعتبار الاتفاق الذى وقع تجديدا للالتزام بتغيير محله.

---

(٣٥) التصرف المضاف إلي ما بعد الموت كالوصية لا يصلح أن يكون وفاء بمقابل. وقد قضت محكمة النقض بأن «وفاء الديون بغير طريقة دفعها نقدا يجب أن يكون حاصلا باتفاق الطرفين (الدائن والمدين المتعاقدين) وأن يكون فوق ذلك منجزا نافذا غير قابل للعدول عنه. فاذا كان الوفاء المدعي به هو عن طريق الوصية... فان هذا التصرف الذي هو بطبيعته قابل للعدول عنه في حياة الموصي لا يتحقق به شرط الوفاء بالدين قانونا...» (نقض مدني - أول ابريل سنة ١٩٤٣- مجموعة أحكام النقض (مجموعة عمر)- جـ٤ - الطعن رقم ٤ لسنة ١١ق - رقم (٣٨) ص٩٥).

٢٢٦- طبيعة الوفاء بمقابل:

يذهب الرأى الراجح فى الفقه إلى أن الوفاء بمقابل عمل مركب من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية. فالوفاء بمقابل هو أولا تجديد للالتزام. فالالتزام السابق ينقضى ويحل محله التزام جديد يختلف عنه فى محله. والالتزام السابق ينقضى بكل ملحقاته وضماناته. والوفاء بمقابل هو فى نفس الوقت وفاء بالالتزام الجديد عن طريق نقل ملكية الشئ الذى استعيض به عن الشئ المستحق أصلا. ولابد أن تنتقل الملكية فعلا حتى يمكن اعتبار ما تم بين الدائن والمدين وفاء بمقابل. فاذا لم تنتقل الملكية فعلا فيكون ما تم هو فقط تجديد للالتزام السابق، وهو سبب مستقل من أسباب انقضاء الالتزام، ولكنه سبب مختلف عن الوفاء بمقابل الذى هو تجديد ووفاء فى نفس الوقت.

٢٢٧- آثار الوفاء بمقابل:

تنص المادة ٣٥١ على أنه «يسرى على الوفاء بمقابل، فيما اذا كان ينقل ملكية شئ أعطى فى مقابلة الدين، أحكام البيع، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية. ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء. وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات».

ويفهم من هذا النص فى ضوء ما سبق ذكره عن طبيعة الوفاء بمقابل من أنه عمل مركب من تجديد ووفاء ما يأتى:

١- الالتزام السابق ينقضى بملحقاته وتأميناته نتيجة للتجديد وهو العنصر الأول من عناصر الوفاء بمقابل.

٢- الالتزام الجديد الناشئ عن اتفاق الوفاء بمقابل ينقضى بالوفاء الذى يتمثل فى نقل ملكية شئ وهو العنصر الثانى من عناصر الوفاء بمقابل.

٣- نظرا لأن الوفاء بمقابل يؤدى إلى نقل ملكية شئ، فتسرى عليه أحكام البيع وأهمها: أ- يجب أن تتوافر فى المدين الأهلية اللازمة لنقل ملكية الشئ محل الوفاء بمقابل. ب- اذا تبين أن هذا الشئ غير مملوك للمدين واسترده مالكه من الدائن فان هذا الأخير يرجع على المدين بقواعد ضمان الاستحقاق المقررة فى عقد البيع.[٣٦] جـ- اذا ظهر للدائن عيب خفى فى الشئ الذى انتقلت ملكيته اليه فانه يرجع على المدين بقواعد ضمان العيوب الخفية المقررة فى عقد البيع.[٣٧]

المبحث الثاني
التجديد

٢٢٨- تعريف التجديد:

التجديد هو اتفاق على استبدال التزام قديم بالتزام جديد يحل محله. فالالتزام القديم ينقضى وفى نفس الوقت ينشأ التزام جديد يحل محله ويختلف عنه فى المحل أو فى شخص الدائن أو شخص المدين. وقد قلت أهمية التجديد من الناحية العملية بسبب وجود نظم أخرى تؤدى نفس الغاية التى يحققها التجديد. فالوفاء بمقابل يمكن أن يغنى عن التجديد بتغيير المحل. وحوالة الحق يمكن أن تغنى عن التجديد بتغيير

---

(٣٦) راجع في أحكام ضمان الاستحقاق، كتابنا، عقد البيع، فقرة ٧٢، ص٢٨٥ وما بعدها.

(٣٧) راجع في ضمان العيوب الخفية، كتابنا، عقد البيع، فقرة ٧٤، ص٣٠٩ وما بعدها.

شخص الدائن. وحوالة الدين يمكن أن تغنى عن التجديد بتغيير شخص المدين. ومع ذلك فلازالت لنظرية التجديد أهمية علمية كبيرة. فلا غنى عن هذه النظرية فى تفسير الكثير من النظم القانونية.(٣٨)

٢٢٩- شروط التجديد:

شروط التجديد هى تغيير فى عنصر من عناصر الالتزام القديم، يؤدى إلى انقضائه وحلول التزام جديد محله، مع توافر عنصر نفسى هو نية التجديد.

١- فالشرط الأول للتجديد هو تغيير فى الالتزام القديم من حيث محله أو مصدره، أو تغيير فى شخص المدين، أو تغيير فى شخص الدائن، وفى هذا المعنى تنص المادة ٣٥٢ على أنه «يتجدد الالتزام. (أولا) بتغيير الدين اذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاما جديدا يختلف عنه فى محله أو فى مصدره. (ثانيا) بتغيير المدين اذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مدينا مكان المدين الأصلى، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة لرضائه، أو اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى قبل أن يكون هو المدين الجديد. (ثالثا) بتغيير الدائن اذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد». ويتضح من هذا النص أن التغيير فى الالتزام القديم يكون فى واحد من ثلاثة.

---

(٣٨) فكرة التجديد متصورة حتي خارج نطاق نظرية الالتزام. وجوهر فكرة التجديد هو حلول أمر محل أمر آخر. ومن الممكن أن نتحدث بطريقة صحيحة عن التجديد في القانون الوضعي. فالتقنينات كما يقول فرانسوا جني تؤدي إلي تجديد القانون القديم. والأستاذ هوريو يري أن إصدار دستور جديد فيه معني تجديد أساس الدولة. وقد كان جان جاك روسو، يعتقد أن الدستور يجدد العقد الاجتماعي الأول الذي أنشأ الدولة. راجع، كتاب، مصادر الالتزام، فقرة ٢٥١، ص٣٦٠ وما بعدها.

أولا: التغيير فى الالتزام القديم ذاته من حيث محله أو مصدره. فمن حيث المحل يتفق مثلا على أن يكون محل الالتزام الجديد هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو نقل ملكية منزل بعد أن كان محل الالتزام القديم هو دفع مبلغ من النقود أو اعطاء ايراد مرتب مدى الحياة. ومن حيث المصدر يتفق مثلا على أن المشترى يلتزم بدفع الثمن باعتباره قرضا بفائدة وليس ثمنا لبيع.(٣٩)

ثانيا: التغيير فى شخص المدين وهو يتم بطريقتين تشابهان طريقتى حوالة الدين. فاذا اتفق الدائن مع شخص أجنبى على أن يصبح هو المدين بالالتزام فان التجديد يتم دون حاجة إلى موافقة المدين الأصلى. وتطابق هذه الطريقة تماما حوالة الدين بالاتفاق بين الدائن والمدين الجديد.(٤٠) أما الطريقة الثانية للتجديد فهى أن يتفق المدين القديم والمدين الجديد والدائن على حلول المدين الجديد محل المدين القديم. وتشابه هذه الطريقة حوالة الدين عن طريق الاتفاق بين المدين القديم والمدين الجديد، وتختلف عنها فى أن موافقة الدائن فى حوالة الدين شرط لنفاذ الحوالة فى حقه بينما هى شرط لانعقاد التجديد وليس فقط لنفاذه.

---

(٣٩) ومن حيث المصدر يمكن أن يحدث التجديد إذا اتفق الطرفان علي أن يصبح المستعير أو المودع لديه، مستأجرا للشئ محل العارية أو الوديعة. راجع، عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، فقرة ١١٨٣، ص١١٧٩.

(٤٠) وقد قضت محكمة النقض بأن «تجديد الالتزام بتغيير المدين يتم طبقا للمادة ٢/٣٥٢ من القانون المدني بغير حاجة لرضاء المدين الأصلي... ومتي كان لا حاجة لهذا الرضاء لا في انعقاد التجديد ولا في نفاذه فان علم المدين الأصلي بالتجديد لا يكون لازما لحصوله». (نقض مدني - ١٩٦٥/٥/١٣ - مجموعة أحكام النقض س١٦، الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ٣ق، رقم (٩٥) ص٥٨٢).

ثالثا: التغيير فى شخص الدائن وهو يتم باتفاق بين الدائن القديم والدائن الجديد والمدين. ويختلف هذا الحكم عن حوالة الحق فى أن رضاء المدين ليس شرطا لانعقاد حوالة الحق أو حتى لنفاذ الحوالة التى يمكن أن تنفذ فى مواجهة المدين بمجرد اعلانها اليه.

٢- والشرط الثانى للتجديد هو حلول التزام جديد محل الالتزام القديم. ويجب لتحقق هذا الشرط أن يكون كل من الالتزامين صحيحا. وقد نصت المادة ٣٥٣ مدنى على هذا الحكم، وهى تقرر «(١) لا يتم التجديد الا اذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان. (٢) أما اذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد قابل للابطال، فلا يكون التجديد صحيحا الا اذا قصد بالالتزام الجديد اجازة العقد، وأن يحل محله». وطبقا لهذا النص اذا كان الالتزام القديم باطلا بطلانا مطلقا فانه يكون كالعدم لا يمكن تجديده.[٤١] أما اذا كان الالتزام القديم باطلا بطلانا نسبيا فانه يكون قابلا للتجديد اذا اتجهت ارادة صاحب الحق فى التمسك بالابطال إلى اجازة هذه الالتزام، فتتم اجازته أولا ثم يتم تجديده بعد ذلك. ويجب كذلك أن ينشأ الالتزام الجديد صحيحا. أما اذا كان عقد التجديد باطلا فان التجديد لا يتم، واذا كان قابلا للابطال فانه يكون مهددا بالزوال اذا تمسك بذلك صاحب المصلحة فى الابطال.

---

(٤١) وقد قضت محكمة النقض بأنه «إذا كانت المادة ١/٣٥٣ من التقنين المدني تفترض في التجديد انقضاء التزام ونشأة التزام مكانه. فاذا كان الالتزام القديم باطلا امتنع أن يكون محلا لتجديد لأنه بات التزاما معدوما في نظر القانون. (نقض مدني - ١٩٧٨/٤/١٩ - مجموعة أحكام النقض س٢٩ - طعن رقم ٦٠٦ لسنة ٤٣ق، رقم (٢٠٤) ص١٠٣١).

وقضت محكمة النقض بأن «التجديد لا يرد على العقد الباطل...» (نقض مدني - ١٩٧٤/٢/١٨ - مجموعة أحكام النقض س٢٥، طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٣٨ق، رقم (٥٩) ص٣٥٨).

٣- والشرط الثالث للتجديد هو توافر نية التجديد. وقد نصت على هذا الحكم ٣٥٤ مدنى وهى تقرر أن «(١) التجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف (٢)وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول الا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول لا التأمينات أو سعر الفائدة، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيرة». وتنص المادة ٣٥٥ مدنى على أنه «(١) لا يكون تجديدا مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار. (٢) وانما يجدد الالتزام اذا قطع رصيد الحساب وتم اقرأره. على أنه اذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص، فان هذا التأمين يبقى ما لم يتفق علىّ غير ذلك».

ويتضح من هذه النصوص أن مجرد التغيير فى عنصر من عناصر الالتزام لا يترتب عليه مباشرة تجديد هذا الالتزام، بل لابد أن تتجه نية المتعاقدين إلى احداث هذا الأثر.[٤٢] وهذا ما يسمى بنية التجديد. فالتغيير فى شخص الدائن قد يكون المقصود به حوالة الحق وليس تجديد الالتزام. والتغيير فى شخص المدين قد يكون المقصود به حوالة الدين وليس تجديد الالتزام، والتغيير فى محل الالتزام قد لا يقصد به سوى

---

(٤٢) اشتراط نيه التجديد يعني أن التجديد رضائي لا يتم بغير اتجاه إرادة المتعاقدين إلي حدوثه. ويوجد مع ذلك نوع آخر من التجديد لا يقل أهمية عن التجديد الرضائي. وهو التجديد الضروري الذي يحدث بحكم القاضي عندما يقوم بتعديل العقد بمقتضي سلطته التقديرية، أو يحدث بمقتضي القانون عندما يصدر المشرع قانونا يعدل فيه العقود القائمة. وفي التجديد الضروري تنقضي الالتزامات العقدية القديمة، وتنشأ محلها التزامات جديدة مصدرها حكم القاضي أو نص القانون. راجع في دراسه مستفيضة لفكرة التجديد الضروري، كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ٢٥١ وما بعدها، ص٣٦٠ وما بعدها.

إحداث هذا التغيير فقط دون تجديد الالتزام كله، كما لو كتب سند جديد ككمبيالة مثلا لتأكيد وجود الالتزام أو اتفق على تغيير زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته أو تعديل سعر الفائدة أو التنازل عن بعض التأمينات أو انشاء تأمينات جديدة. فمثل هذه التغييرات وغيرها لا تؤدى إلى تجديد الالتزام الا اذا وجدت نية التجديد، وهو ما يكشف عنه إما الاتفاق الصريح على التجديد، أو الاتفاق الضمنى الواضح. إما اذا ثار شك فى وجود نية التجديد فانه يفسر على أساس عدم تجديد الالتزام.(٤٣)

وقد وضع المشرع حكما خاصا للحساب الجارى ومؤداه أن تقييد أى التزام فى الحساب الجارى يؤدى إلى انقضاء هذا الالتزام لأنه يفنى فى الحساب الجارى ويصبح عنصرا من عناصره. أما الالتزام الجديد فلا ينشأ بمجرد قيد الالتزام السابق فى الحساب الجارى ولكنه ينشأ عندما يتم قطع رصيد الحساب ويتم اقراره. ففى هذه الحالة ينشأ التزام جديد، وتكون عملية التجديد قد تمت. ففى الحساب الجارى بالذات لا يتعاصر انقضاء الالتزام القديم مع نشأة الالتزام الجديد، على خلاف الأصل فى التجديد، بل ينقضى الالتزام القديم بمجرد تقييده فى الحساب الجارى. ويتأخر وقت نشأة الالتزام الجديد إلى وقت قطع الحساب الجارى واقراره. ويختلف أيضا نظام الحساب الجارى عن الالتزامات العادية، فى أن التأمينات التى كانت ضامنة للالتزام القديم لا تنقضى مع انقضاء هذا

---

(٤٣) وقضت محكمة النقض بأن «كون التجديد لا يفترض وهو ما تنص عليه الفقرة الأولي من المادة ٣٥٤ من القانون المدني لا يقتضي أن ينص صراحة في العقد علي التجديد بل أنه يقوم أيضا - وعلي ما تقرره تلك المادة - إذا كان يستخلص بوضوح من الظروف». (نقض مدني - ١٩٦٥/٥/١٣ - مجموعة أحكام النقض - س١٦، الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ٣٠ق، رقم (٩٥)، ص٥٨٢.

الالتزام بل تظل قائمة لضمان رصيد الحساب وهو الالتزام الجديد، هذا ما لم يتفق على غيره. والقاعدة فى التجديد كما سنرى هى عكس ذلك اذ أن التأمينات تنقضى بانقضاء الالتزام القديم ولا تنتقل الى الالتزام الجديد ما لم يتفق على خلاف ذلك. وقد راعى المشرع فى الأحكام الخاصة التى وضعها للحساب الجارى ما يلائم المعاملات التجارية من مقتضيات.(٤٤)

٢٣٠- آثار التجديد:

أهم آثار التجديد هى أن الالتزام القديم ينقضى، وينشأ محله التزام جديد. فالتجديد سبب من أسباب انقضاء الالتزام، وهو فى نفس الوقت عقد منشئ لالتزامات جديدة. والالتزام القديم ينقضى مع ملحقاته وكذلك التأمينات الضامنة له. ولكن يجوز الاتفاق على انتقال التأمينات التى كانت تضمن الالتزام القديم إلى ضمان الالتزام الجديد. وقد نصت على هذه الأحكام المادة ٣٥٦ وهى تقرر «(١) يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد. (٢) ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلى الا بنص فى القانون، أو الا اذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك».

---

(٤٤) وقد قضت محكمة النقض بأن «الحساب الجاري الذي يخضع لقاعدة عدم جواز التجزئة هو الحساب الذي يتضمن وجود معاملات متصلة بين طرفيه يعتبر كل منهما مدينا أحيانا ودائنا أحيانا أخري، وتكون هذه العمليات متشابهة يتخلل بعضها بعضا بحيث تكون مدفوعات أحد الطرفين مقرونة بمدفوعات من الطرف الآخر..» (نقض مدني - ١٩٦٨/١/٢٥ - مجموعة أحكام النقض س١٩، رقم الطعن ٢٨٩ لسنة ٣١ق، (١٩) ص١١٦).و وفي نفس المعني،

(نقض مدني - ١٩٦٩/٦/١٩، مجموعة أحكام النقض س٢٠، الطعن رقم ٣٦٢ لسنة ٣٥ ق، رقم ١٦١ ص١٠٣٦).

وتطبيقا لهذا النص فان التأمينات الضامنة للالتزام القديم كالرهن مثلا لا تنتقل إلى حماية الالتزام الجديد الا بنص القانون أو اتفاق المتعاقدين. ومن الأمثلة على نص القانون ما سبق ذكره من أن التأمينات تنتقل في الحساب الجارى ضمانا لرصيد الحساب بعد قطعه واقراره.

وفيما يتعلق بانتقال التأمينات باتفاق المتعاقدين فيجب التفرقة بين التأمينات العينية المقدمة من المدين كالرهن الرسمى أو الرهن الحيازى. وبين التأمينات الشخصية المقدمة من الغير كالكفالة والتضامن بين المدينين وكذلك التأمينات العينية المقدمة من الغير كالكفالة العينية. فنقل التأمينات العينية المقدمة من المدين تتم بنفس الطريقة التى يتم بها التجديد نفسه وفى نفس الاتفاق الذى يتم به التجديد، فلا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذا فى حق الغير الا اذا تم مع التجديد فى وقت واحد (م٢/٣٥٧).

أما التأمينات المقدمة من الغير كالكفالة عينية كانت أو شخصية والتضامن فانها لا تنتقل إلى الالتزام الجديد. «الا اذا رضى بذلك الكفلاء، والمدينون المتضامنون» (م٣٥٨). والحكمة من هذا الحكم واضحة، وهى أن الأجنبى الذى قبل أن يكفل التزاما معينا، ينقضى ضمانه بانقضاء هذا الالتزام، ولا يصبح ضامنا للالتزام الجديد الا اذا صدر منه رضاء جديد.[٤٥]

---

(٤٥) راجع، كتابنا، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٤٣، ص١٠٠

المبحث الثالث
الانابة في الوفاء

٢٣١- تعريف الانابة وعلاقتها بالتجديد:

تنص المادة ٣٥٩ على أن «تتم الانابة اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين. (٢) ولا تقتضى الانابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبى». ويتضح من هذا النص أن الانابة فى الوفاء تفترض وجود ثلاثة أشخاص، الأول هو المنيب وهو المدين الذى ينيب غيره فى الوفاء بدينه للدائن، والشخص الثانى هو المناب وهو المدين الجديد الذى ينيبه المدين الأول فى الوفاء للدائن، والشخص الثالث هو المناب لديه وهو الدائن الذى ينيب لديه المنيب الشخص الجديد ليفى له بالدين.

والانابة من نوعين فهى أما أن تكون كاملة أو ناقصة. والانابة الكاملة هى تلك التى يختفى فيها المنيب وهو المدين الأصلى ولا يصبح مدينا للدائن الا المناب وهو المدين الجديد. والانابة الكاملة تنطوى على تجديد للالتزام بتغيير شخص المدين. أما الانابة القاصرة فانها لا تؤدى إلى تجديد الالتزام أو إلى براءة ذمة المدين الأصلى وهو المنيب، بل يظل المنيب مدينا ويضاف اليه مدين جديد هو المناب، ويؤدى هذا إلى تقوية ضمان الدائن.

٢٣٢- شروط الانابة الكاملة وآثارها:

تنص المادة ١/٣٦٠ على أنه «اذا اتفق المتعاقدون فى الانابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا، كانت هذه الانابة تجديدا

للالتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه، على أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا وألا يكون المناب معسرا وقت الانابة». ويتضح من هذا النص أنه يشترط لوجود الانابة الكاملة نفس شروط التجديد السابق دراستها وهى أن يوجد اتفاق بين أصحاب الشأن على استبدال التزام قديم بالتزام جديد يحل محله. وأن يكون محل كل من الالتزامين صحيحا. وأن تتوافر نية التجديد. وهى لا تفترض بل لابد من الاتفاق صراحة على التجديد أو أن يستخلص ذلك بوضوح من ظروف التعاقد.

أما آثار الانابة الكاملة فهى بذاتها آثار التجديد بتغيير شخص المدين وذلك على النحو الآتى:

١- تنقضى العلاقة بين المدين الأصلى (المنيب) وبين الدائن (المناب لديه). وسبب انقضاء هذه العلاقة هو التجديد. ولكن المشرع وضع شرطا لذلك هو ألا يكون المناب (المدين الجديد)، معسرا وقت الانابة. فاذا كان المدين الجديد معسرا وقت الانابة فان ذمة المدين الأصلى لا تبرأ قبل الدائن.[٤٦]

٢- تنشأ علاقة دين جديدة بين المناب والمناب لديه. وتنص المادة ٣٦١ على أن «يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفوع. ولا يبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد اتفاق

(٤٦) وهذا الشرط قد يسمح بالقول بأن الانابة الكاملة لا تختلط بالتجديد. كما أن التجديد أوسع نطاقا من الانابة الكاملة، لأنه يتم احيانا بتغيير في شخص الدائن أو في محل الالتزام أو مصدره.

يقضى بغيره». وطبقا لهذا النص اذا كان المدين الجديد (المناب) قد قبل الانابة بسبب اعتقاده بمديونيته للمدين القديم (المنيب) كوسيلة لقضاء هذه المديونية، ثم تبين له أنه غير مدين للمدين القديم بسبب بطلان هذا الدين أو انقضائه لسبب سابق على الانابة، فانه لا يستطيع أن يتمسك بدفع من هذا القبيل فى مواجهة الدائن (المناب لديه)، بل يتعين عليه أن يوفى له الدين ثم يرجع بعد ذلك على المدين الأصلى (المنيب) بما وفاه.(٤٧)

٣- من الجائز أن يرجع المدين الجديد (المناب) على المدين الأصلى (المنيب) بما وفاه اذا لم يكن مدينا له، ولم يكن فى نفس الوقت متبرعا له. ويكون الرجوع اما بدعوى الوكالة أو دعوى الفضالة أو القواعد العامة للاثراء بلا سبب.

٢٣٣- الانابة القاصرة:

تنص المادة ٢/٣٦٠ على أنه «ومع ذلك لا يفترض التجديد فى الانابة، فاذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول». وطبقا لهذا النص فانه اذا تخلفت نية التجديد الواضحة فان الالتزام الأول لا ينقضى بل يظل قائما وينشأ إلى جواره التزام جديد يسانده ولكن لا يحل محله. وتترتب على ذلك عدة آثار فى ثلاث علاقات متعدد.

---

(٤٧) يقال أن التزام المناب هو التزام مجرد، لا يخضع لنظرية السبب. راجع في الالتزام المجرد، كتابنا مصادر الالتزام. فقرة ٧٦، ص٨٧. ومع ذلك يجوز للمناب أن يخضع التزامه لنظرية السبب فيشترط أن يكون التزامه نحو المناب لديه خاضعا لالتزامه قبل المنيب. راجع، عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، ١١٩٣، ص١١٩٢. ومعني ذلك أن تجريد التزام المناسب ليس أمرا حتميا في الانابة، مثل التزام موقع الشيك الذي لا يجوز اخضاعه لأية علاقات أخري خارجه عن الشيك ذاته.

١- فالعلاقة بين المنيب (المدين الأول) والمناب لديه (الدائن) تظل قائمة كما هى، ولا تبرأ ذمة المنيب الا باستيفاء الدائن حقه سواء منه أو من المناب.

٢- ينشأ التزام جديد إلى جانب الالتزام الأول. والمدين فى الالتزام الجديد هو المناب، والدائن هو نفس الشخص الذى أصبح له الآن مدينان يحق له أن يطالب أى منهما بالدين قبل الآخر. وكل من هذين الدينين قد نشأ مستقلا عن الآخر فى مصدره. ولذلك لا تسرى قواعد التضامن بين المدينين التى تفترض وحدة الدين، ولا تسرى كذلك قواعد الكفالة التى تفترض تبعية أحد الدينين للآخر. ولكن تسرى القواعد الخاصة بالاتابة الناقصة التى تقوم على أساس وجود التزامين إلى جوار بعض، وان كان حق الدائن بالنسبة لهما هو حق واحد. وكما سبق أن ذكرنا فانه لا يجوز للمدين الجديد (المناب) أن يتمسك فى مواجهة الدائن بأى دفع مستمد من علاقته بالمدين الأول.

٣- وكما سبق أن ذكرنا فى الاتابة الكاملة، فان المناب الذى يوفى الدين للدائن يحق له أن يرجع على المنيب بما وفاه طبقا لأحكام الوكالة أو الفضالة أو الاثراء بلا سبب، وذلك اذا لم يكن متبرعا له بالاتابة أو لم يكن مدينا له من قبل.

المبحث الرابع
المقاصة

٢٣٤- تعريف المقاصة وأنواعها:

المقاصة هى انقضاء التزامين فى نفس الوقت بقدر الأقل منهما.

ويشترط أن يكون الدائن فى أحد هذين الالتزامين هو المدين فى الالتزام الآخر، فيكون الدائن مدينا لمدينه، ويكون المدين دائنا لدائنه فى نفس الوقت. ويشترط أن يكون محل كل من الدينين نقودا أو مثليات متحده فى النوع والجودة. وأن يكون كل منهما مستحق الأداء، خاليا من النزاع، صالحا للمطالبة به قضاء. والمقاصة نوع من الوفاء فكل دائن يستوفى حقه من حق مدينه قبله. والمقاصة سبب من أسباب انقضاء الالتزام اذ أن كل من الدينين ينقضى بقدر الأقل منهما. والمقاصة كثيرة الوقوع فى العمل وخاصة فى المعاملات التجارية ومن أمثلتها ما يقع فى الحساب الجارى من مقاصة بين خصوم الحساب وأصوله، وما تقوم به غرف المقاصة من تسوية العمليات بين البنوك.

والمقاصة من أنواع ثلاثة فهى أما أن تكون قانونية وهى التى تقع بحكم القانون اذا توافرت شروطها. وهى التى عنى المشرع بوضع الأحكام التفصيلية الخاصة بها. واما أن تكون قضائية وهى التى تقع بحكم القاضى الذى يستكمل أحد الشروط الناقصة فى المقاصة القانونية. واما أن تكون اختيارية وهى التى تقع بارادة أحد الطرفين أو بارادتهما معا، بالتنازل عن شرط من شروط المقاصة لم يتوافر، من قبل صاحب المصلحة فى هذا الشرط.

وندرس هذه الأنواع الثلاثة فيما يلى.

١- المقاصة القانونية

٢٣٥- شروط المقاصة القانونية:

تنص المادة ٣٦٢ مدنى على أن «(١) للمدين حق المقاصة بين ما

هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن، ولو اختلف سبب الدينين، اذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة وكان كل منهما خاليا من النزاع مستحق الآداء، صالحا للمطالبة به. (٢) ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن». ويتضح من هذا النص أن شروط المقاصة هى:

١- يجب أن يكون هناك دينان متقابلان، الدائن فى كل منهما مدين فى الآخر. ولا تشترط أهلية الوفاء أو الاستيفاء لأن المقاصة واقعة مادية وليست تصرفا قانونيا كالوفاء.

٢- ويجب أن يكون محل كل من الدينين نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة. فلا تجوز المقاصة بين دين قطن والآخر محله قمح أو بين دينين أحدهما محله قطن أشمونى والآخر محله قطن كرنك. ولا تجوز المقاصة بين دينين محل كل منهما عمل أو الامتناع عمل ولو تشابه العمل أو الامتناع فى كل منهما.

٣- ويجب أن يكون كل من الدينين صالحا للمطالبة به قضاء، أى أن يكون دينا مدنيا صحيحا وقائما لم ينقض. فلا يقع بين دينين أحدهما طبيعى أو سقط بالتقادم أو نتج عن عقد باطل وبين دين آخر صحيح ومنتج لأثاره القانونية.

٤- ويجب أن يكون كل من الدينين خاليا من النزاع.[٤٨] فاذا

---

(٤٨) وقد قضت محكمة النقض بأنه «إذا كان البين من الأوراق أن هناك خلافا بين طرفي التداعي حول أجره الجراح وأن الخبير المنتدب لم يعرض لها ولم يحددها... وكانت هذه الأجرة ليست معلومه المقدار ولا خالية من النزاع، فلا علي الحكم إن هو ذهب في خصوصها إلي أنه ازاء مقاصة قضائية...» (نقض مدني - ١٩٧٤/٤/٦ - مجموعة أحكام النقض س٢٨ - الطعن رقم ٥٥٥ لسنة ٤٣ق - رقم ١٦٠ ص٩٣٦).

نازع أحد الطرفين فى وجود أحد الدينين نزاعا جديا كأن رفع الدعوى يطلب فيها الحكم بابطاله أو بانقضائه فلا يكون هذا الدين صالحا لوقوع المقاصة بينه وبين الدين الجديد. وخلو الدين من النزاع يقتضى أيضا أن يكون الدين معين المقدار أما اذا كان تعيين مقداره يقتضى إصدار حكم من القاضى كالحكم بالتعويض عن عمل غير مشروع أو القيام بعملية حساب معقدة تقتضى تعيين خبير، فلا تكون شروط المقاصة قد توافرت.

٥- ويجب أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء فورا. فلا تقع المقاصة بين دينين كل منهما مؤجل أو بين دينين أحدهما مؤجل والآخر حال الآداء. وتبرير هذا الحكم أن المقاصة نوع من الوفاء الاجبارى، فهى كالوفاء لا تكون واجبة الا اذا كان الدين مستحق الاداء. ولكن اذا كان الدين مؤجلا نتيجة لنظرة الميسرة التي منحها القاضي للمدين فلا يمنع ذلك المدين من التمسك بالمقاصة بين التزام مدينه قبله وبين التزامه هو قبل المدين. لأن نظرة الميسرة المقصود به التيسير علي المدين حتي يتمكن من الوفاء، وهو قد أصبح قادرا علي الوفاء بالحق الذي نشأ له في ذمة المدين. ويصدق نفس الحكم علي الأجل الذي يمنحه الدائن لمدينه علي سبيل التبرع.

٦- ويجب كذلك أن يكون كل من الدينين قابلا للحجز عليه، لأن المقاصة كالوفاء الاجباري لا تجوز بالنسبة لدين غير قابل للحجز كدين النفقة مثلا. فاذا طالب الدائن بالنفقة بحقه فيها فلا يجوز للمدين بالنفقة أن يتمسك بالمقاصة بين هذا الدين وبين حقه هو قبل المدين بالنفقة.

٧- ويجب أخيرا التمسك بوقوع المقاصة، فهي لا تقع من تلقاء

نفسها ولا يقضي بها القاضي من تلقاء نفسه. فهي وان كانت تقع بقوة القانون، الا أنه لصاحب المصلحة أن يتنازل عنها بعد ثبوت الحق فيها. فاذا هو سكت عن التمسك بها افترض أنه تنازل عنها. ولكن التمسك بالمقاصة جائز في كل مرحلة من مراحل الدعوي، وجائز حتي بعد صدور حكم نهائي وأثناء اجراءت التنفيذ، نظرا لأنها تقع بقوة القانون ويجوز لصاحب المصلحة أن يتمسك بها في أي وقت.

وحتي يحمي المشرع صاحب المصلحة في المقاصة فانه لا يجيز التنازل عنها قبل ثبوت الحق فيها، أي قبل اكتمال شروطها. ولكن اذا اكتملت شروطها وثبت الحق فيها فانه يجوز التنازل عنها بعد ذلك، فهي لا تتعلق بالنظام العام. والنزول عن المقاصة يعيد الدينين إلي الوجود ويصبح من حق كل من الطرفين أن يطالب بحقه قبل الآخر. ولكن نزول أحد الطرفين عن حقه في التمسك بالمقاصة لا يمنع الطرف الآخر من التمسك بها. وقد نصت علي هذه الأحكام المادة ١/٣٦٥ وهي تقرر أن «لا تقع المقاصة الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها».

٢٣٦- شروط غير مطلوبة لوقوع المقاصة:

تنص المادة ٣٦٢ السابق ذكرها علي أن للمدين حق المقاصة... ولو اختلف سبب الدينين. وطبقا لهذا النص تجوز المقاصة بين دين مصدره عقد بيع ودين آخر مصدره عقد قرض، فليس من شروط المقاصة أن ينشأ كل من الالتزامين عن مصدر واحد أو مصدر متشابه.

وتنص المادة ٣٦٣ علي أنه «يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة ولو

اختلف مكان الوفاء في الدينين. ولكن يجب عليه في هذه الحالة أن يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ما له من حق أو الوفاء بما عليه من دين في المكان الذي عين لذلك». وطبقا لهذا لانص فليس من شروط المقاصة أن يتحد مكان الوفاء بأي من الالتزامين. ولكن يجب علي من يتمسك بالمقاصة أن يعوض الطرف الآخر عن الضرر الذي لحقه من عدم الوفاء في المكان الذي عين أصلا للوفاء، وهو فرض يندر وقوعه في العمل.

٢٣٧- الديون التى لا تقع فيها المقاصة:

تنص المادة ٣٦٤ علي أنه «تقع المقاصة في الديون أيا كان مصدرها وذلك فيما عدا الأحوال الآتية: (أ) اذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوبا رده. (ب) اذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا عارية استعمال وكان مطلوبا رده. (جـ) اذا كان أحد الدينين حقا غير قابل للحجز». وقد نصت هذه المادة علي ثلاث حالات لا تجوز فيها المقاصة.

الحالة الأولي اذا عمد الدائن إلي استيفاء حقه غصبا من مدينه دون أن يلجأ إلي القضاء فان ما يحصل عليه لا يعتبر استيفاء لحقه بل يعتبر عملا غير مشروع ويتعين عليه رده. فاذا طالبه المدين بالرد فلا يجوز له كذلك التمسك بالمقاصة لأن الالتزام بالرد ناشئ عن عمل غير مشروع، وذلك حتي لا يلجأ أحد إلي استيفاء حقه بغيرر الوسائل القانونية.

والحالة الثانية اذا أودع شخص لدي شخص آخر شيئا أو أعاره

له. ثم هلك هذا الشئ وأصبح المودع لديه أو المستعير ملتزاما بالتعويض، فلا يجوز لأي منهما أن يتمسك بالمقاصة بين التزامه بالتعويض عن الوديعة أو العارية وبين حق له قبل المودع أو قبل المعير.

والحالة الثالثة خاصة بالديون غير القابلة للحجز كدين النفقة، وقد سبق أن ذكرنا أنه لا يجوز للمدين بدينٍ من هذه الديون أن يتمسك بالمقاصة بين دينه وبين حق له قبل دائنه.

٢٣٨- آثار المقاصة فيما بين الطرفين:

تنص المادة ٢/٣٦٥ علي أنه «يترتب علي المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما . ، منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة، ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء».

وطبقا لهذا النص فانه يترتب علي المقاصة انقضاء كل من الدينين بقدر الأقل منهما. فاذا كان كل من الدينين مساويا للاخر انقضي كل من الدينين تماما. واذا كان أحدهما أكثر من الآخر كألف وخمسمائة مثلا، انقضي الدين الذي قيمته خمسمائة تماما، وانقضي من دين الألف خمسمائة وبقي منه خمسمائة أخري.

وتقع المقاصة بحكم القانون بمجرد توافر شروطها، ولكن لا يظهر أثر ذلك الا اذا تمسك به صاحب المصلحة فيها. ويرجع هذا الأثر إلي الماضي أي إلي وقت تحقق شروط المقاصة. ولا أهمية للتأخر في التمسك بالمقاصة حتي ولو كان أحد الطرفين قد انقضي بالتقادم وقت التمسك بالمقاصة، طالما أنه كان قائما وقت توافر شروط المقاصة. وفي هذا المعني تنص المادة ٣٦٦ «اذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت

التمسك بالمقاصة، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة». ويرجع هذا الحكم إلي ما سبق قوله من أن المقاصة تقع بقوة القانون حتي دون حاجة إلي علم صاحب المصلحة بوقوعها، بشرط أن يتمسك بها بعد ذلك في الوقت المناسب أي من قبل أن يكون الطرف الآخر قد استوفي حقه منه فعلا أو قبل أن يتخلف أي شرط جوهري من شروط المقاصة السابق دراستها.

٢- المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

٢٣٩- المقاصة الاختيارية:

تقع المقاصة الاختيارية اذا لم يتوافر شرط من شروط المقاصة القانونية السابق ذكرها، وتنازل عن هذا الشرط صاحب المصلحة في التمسك بعدم وقوع المقاصة. فاذا كان محل أحد الدينين نقودا ومحل الآخر قطنا أو حبوبا جاز للطرفين الاتفاق علي وقوع المقاصة بين الدينين. واذا كان أحد الدينين حال الاداء والدين الآخر غير حال جاز للدائن بالدين الحال أن يتنازل عن حقه في التمسك بعدم وقوع المقاصة فتقع من وقت تنازله.

واذا كان أحدَ الدينين غير خال من النزاع أو غير معلوم المقدار جاز للمدين بهذا الدين أن يتنازل عن التمسك بعدم وقوع المقاصة فتقع من وقت تنازله. واذا كان أحد الدينين التزاما طبيعيا لاجبر في تنفيذه والآخر التزاما مدنيا، جاز للدائن في الالتزام المدني أن يتمسك بوقوع المقاصة بين حقه المدنى وبين دينه الطبيعي. والمقاصة الاختيارية يترتب عليها نفس الأثر الذي يترتب علي المقاصة القانونية فينقضي كل من الدينين

بقدر الأقل منهما. ولكن هذا الأثر لا يرجع إلي الماضي وانما يترتب من وقت اعلان الإرادة في وقوع المقاصة الاختيارية. ففي هذا الوقت فقط تكون شروط المقاصة قد توافرت.

٢٤٠- المقاصة القضائية:

تقع المقاصة القضائية في الحالات التي لا تتوافر فيها شروط المقاصة القانونية ولا تتجه الارادة إلي اجراء المقاصة الاتفاقية. وهذه الحالات محصورة في الواقع في تخلف شرط خلو الحق من النزاع وتعيين مقداره.(٤٩) أما الشروط الأخري فهي تتعلق بمصلحة كل من الطرفين الخاصة ولا يجوز للقاضي أن يقضي فيها بما لم يختره صاحب المصلحة. أما اذا كان أحد الالتزامين غير خال مّن النزاع أو غير معلوم المقدار فان البحث في ذلك يكون من صميم عمل القاضي. ويجوز للطرف الذي له حق متنازع فيه أو غير معلوم المقدار أن يلجأ إلي القاضي لحسم النزاع في هذا الحق أو لتعيين مقداره. فاذا قام القاضي بذلك فان شروط المقاصة تكون قد توافرت ويحكم القاضي بوقوعها.(٥٠) ويكون هذا

---

(٤٩) قضت محكمة النقض بأن «النص في المادة ٦٨ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ باصدار قانون العمل.. يدل علي أن المشرع وعلي خلاف القاعدة العامة في المقاصة القانونية التي تستلزم لوقوعها أن يكون الدينان خاليين من النزاع، أجاز لصاحب العمل اقتطاع مبلغ التعويض من أجر العامل، أي إيقاع المقاصة بين ما هو مستحق له من تعويض وبين أجر العامل في حدود أجر خمسة أيام في الشهر ولو كان استحقاقه للتعويض أو مقداره محل نزاع» (نقض ١٠ فبراير ١٩٩٤، مجموعة أحكام النقض، س٤٥، بند (٧١) طعن رقم ٣٦ لسنة ٦٠ق، ص٣٣٦ وما بعدها).

(٥٠) وقضت محكمة النقض بأنه «إذ يشترط للادعاء بالمقاصة القضائية - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - أن ترفع به دعوي أصلية أو أن يطلب في صورة طلب عارض يقدم بصحيفة تعلن إلي الخصم أو يبدي شفاهاً في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها تطبيقاً لنص المادة ١٢٣ من قانون المرافعات، وكانت الطلبات الجديدة لا تقبل في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها طبقاً لنص المادة ٢٣٥ من هذا=

الحكم منشئا للمقاصة، بحيث لا يترتب أثرها من انقضاء كل من الدينين بقدر الأقل منهما وانقضاء التأمينات الا من وقت صدور الحكم، وليس من وقت تلاقي الدينين كما هو الشأن في المقاصة القانونية، أو من وقت اعلان الارادة كما هو الشأن في المقاصة الاختيارية.

المبحث الخامس
اتحاد الذمة

٢٤١- تعريف اتحاد الذمة وآثاره:

يتحقق اتحاد الذمة عندما تجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين في نفس الوقت(٥١) كأن يرث الدائن مدينه أو يرث المدين دائنه.

--- القانون، فمن ثم لا يجوز طلب المقاصة القضائية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف» (نقض ٣٠ مايو ١٩٩١، مجموعة أحكام النقض، س٤٢، الطعنان رقما ١٧٢٤ لسنة ٥٥ق و٢٢٧٧ لسنة ٥٧ق، بند ١٩٦، ص١٢٧٢ وما بعدها). راجع في نفس المعنى، نقض ٢٥ فبراير ١٩٩٠، ومجموعة أحكام النقض، س٤١، بند ١٠٠، طعن ٢٥٧، س٥٨ق، ص٥٩١ وما بعدها).

(٥١) قضت محكمة النقض بأن

«مؤدي النص في المادة ٣٧٠ من القانون المدني علي أنه إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلي دين واحد إنقضي هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة وإذا زال السبب الذي أدي لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الدين إلي الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلي ذوي الشأن جميعا ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن. وان شراء المستأجر العين المؤجرة من المؤجر وانتقال الملكية إليه هو صورة من صور انتهاء الإيجار باتحاد الذمة وذلك بمجرد وقوع البيع ذلك لأن المستأجر بشرائه العين حل محل المؤجر فاجتمعت له صفتا المؤجر والمستأجر مما مؤداه انقضاء عقد الايجار باتحاد الذمة بما لازمه أنه بزوال سبب اتحاد الذمة كالقضاء بفسخ عقد البيع وبما للحكم بالفسخ من أثر رجعي وعودة المتعاقدين إلي الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد عملا بالمادة ١٦٠ من القانون المدني تعود العلاقة الايجارية التي كانت قائمة بينهما قبل انعقاد عقد البيع بحيث يعود المشتري مستاجرا والبائع مؤجرا لاستعادته صفة المالك، أي تترتب التزامات عقد الايجار بمقوماته الأصلية بينهما»

(نقض مدني - ١٩٩٢/١/٢٩ - مجموعة أحكام النقض س٤٣، طعن رقم ٢٦٠٢، ٢٦٨٩ لسنة ٦٠ق، رقم (٥٦) ص٢٥٥ جـ١).

فأكثر ما يقع من اتحاد الذمة يكون عن طريق الميراث أو الوصية. فالشخص عندما يصبح بالميراث أو الوصية هو الدائن والمدين في نفس الوقت تستحيل عليه مطالبه نفسه فينقضي الالتزام باتحاد الذمة. ولكن لعل الأصح من الناحية القانونية أن اتحاد الذمة ليس سببا من أسباب انقضاء الالتزام بقدر ما هو مانع من موانع المطالبة بالحق، فهو يشل وجود الحق ويمنع المطالبة به ولكنه لا يعدمه تماما. وسيتضح لنا معني ذلك عندما نري أن الدين الذي انقضي باتحاد الذمة يجوز أن يبعث من جديد. وقت نصت المادة ٣٧٠ علي شروط اتحاد الذمة وآثاره وهي تقرر «(١) اذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلي دين واحد، انقضي هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة. (٢) واذا زال السبب الذي أدي لاتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي، عاد الدين إلي الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلي ذوي الشأن جميعا، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن». ويتضح من هذا النص ما يأتي:

١- اتحاد الذمة يحدث عندما تجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين في نفس الوقت، والمثل البارز علي ذلك في القانون المصري عندما يرث المدين دائنه سواء بطريق الميراث أو الوصية.

٢- انقضاء الدين بسبب اتحاد الذمة يقع بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة. فاذا ورث المدين نصف تركة دائنه فان الدين ينقضي بمقدار النصف فقط، ويظل المدين مدينا للورثة الآخرين بالنصف الآخر.[٥٢]

---

(٥٢) قضت محكمة النقض بأن «المقرر - وعلي ما جري به قضاء محكمة النقض - أنه وإن كان عقد الايجار ينتهي باتحاد الذمة، كما إذا اشتري المستأجر العين المؤجرة، لأنه بهذا الشراء تكون قد اجتمعت له صفتا المستأجر والمؤجر فينقضي الالتزام باتحاد الذمة وينتهي الايجار. إلا أن شرط ذلك أن يشمل البيع كامل العين المؤجرة. أما إذا اقتصر علي حصته

٣- اذا زال السبب الذي أدي إلي اتحاد الذمة كأن أبطلت الوصية التي ترتب عليها اتحاد الذمة. فان الدين يعود إلي الوجود هو وملحقاته وضماناته. ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن. ويؤكد هذا الحكم ما سبق قوله من أن اتحاد الذمة ليس سببا من أسباب انقضاء الالتزام بقدر ما هو مانع من موانع المطالبة به. فاذا زال هذا المانع ظل الالتزام قائما واجب الاداء.

= شائعه فيها فإن عقد الإيجار يبقي قائماً ونافذاً قبل المستأجر بشروطه ولا يحق له التحلل منه، ولا يكون له سوي حصته في الأجرة بقدر نصيبه في الشيوع يقتضيها ممن له الحق في إدارة المال أو يخصمها من الأجرة». (نقض مدني ٢٥ يونيه ١٩٩٥، بند ١٧٩، طعن رقم ٢٢٩٤، لسنة ٥٨ق، س٤٦، ص٩١٦ وما بعدها).

الفصل الثالث
انقضاء الالتزام دون الوفاء به

أسباب انقضاء الالتزام دون وفاء هي الابراء واستحالة التنفيذ والتقادم المسقط. وندرس هذه الأسباب فيما يلي.

المبحث الأول
الابراء

٢٤٢- شروط الابراء وآثاره:

تنص المادة ٣٧١ علي أن «ينقضي الالتزام اذا أبرأ الدائن مدينه مختارا. ويتم الابراء متي وصل إلي علم المدين ويرتد برده». وتنص المادة ٣٧٢ علي أن «(١) تسري علي الابراء الأحكام الموضوعية التي تسري علي كل تبرع. (٢) ولا يشترط فيه شكل خاص، ولو وقع علي التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان». ويتضح من هذه النصوص ما يلي:

١- الابراء تصرف علي سبيل التبرع يتنازل به الدائن عن حقه قبل مدينه دون مقابل. وهذا هو الفارق بين الابراء وبين الوفاء الذي يتلقي فيه الدائن نفس حقه، وبين الوفاء بمقابل الذي يتلقي فيه الدائن مقابلا لهذا الحق.

٢- الابراء تصرف ارادي من جانب واحد هو الدائن، وهو ككل تصرف ارادي لا ينتج أثره الا من الوقت الذي يصل فيه إلي علم من وُجه إليه وهو المدين.

٣- اذا كانت ارادة المدين غير مطلوبة لتمام الابراء باعتباره تصرفا اراديا من جانب الدائن وحده وليس عقدا بينه وبين المدين، الا أن الابراء يرتد مع ذلك اذا رفضه المدين. فقد لا يقبل المدين علي نفسه أن يبرئه دائنه من دينه دون مقابل.

٤- نظرا لأن الابراء تصرف تبرعي فيجب أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية لصحة التبرع في القواعد العامة وأهمها أن تكون ارادة الدائن صحيحة وأن يكون الدائن كامل الأهلية.(٥٣)

٥- الابراء تصرف تبرعي فهو كالهبة، ولكنها هبة غير مباشرة. والقانون لا يستوجب بالنسبة للهبة غير المباشرة مراعاة الشروط الشكلية للهبة المباشرة. ولذلك فانه لا يشترط أن يتم الابراء في أي شكل خاص، حتي ولو كان الالتزام الذي يرد عليه الابراء قد نشأ عن عقد شكلي بحكم القانون أو الاتفاق. فاذا نشأ الدين المضمون برهن رسمي في نفس العقد الرسمي الذي أنشأ الرهن فان التنازل عن هذا الدين بطريق الابراء

---

(٥٣) قضت محكمة النقض بأن:

«لما كان الالتزام ينقضي بنص المادة ٣٧١ من القانون المدني إذا أبرأ الدائن مدينه مختارا وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بدلالة المحرر المقدم من المطعون ضده والمؤرخ ..... والمعنون بعبارة - إتفاق استلام مبالغ وتخالص - والذي تضمن أن المطعون ضده إستوفي من الطاعن ما حصله من أجرة الأرض الزراعية ومحاسبا عنه وعن مبالغ أخري أداها الطاعن واستلم المطعون ضده التوكيلات التي أصدرها وأصبح الطاعن غير مكلف بأي عمل يتعلق بها، مما مفاده أن المطعون ضده قد أبرأه من أداء ما التزم به في الاتفاق المؤرخ... من أداء أجرة الأرض الزراعية حتي لو لم يحصلها فأطرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع وأقام قضاءه علي مجرد القول بأن العقد المبرم بين الطرفين والمؤرخ.. قد ألزم الطاعن بأداء الأجرة ولو لم يحصلها الطاعن ولم يعمل أثر الاتفاق اللاحق فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق».

(نقض مدني - ١٩٩٣/١/١٢ - مجموعة أحكام النقض س٤٤، طعن رقم ٣١٦٩ لسنة ٦١ق، رقم (٣٧) ص٠٠٢ جـ١).

يجوز دون مراعاة أي شكل خاص. غاية الأمر فان علي المدين الذي يتمسك بوقوع الابراء أن يثبت ما يدعيه اذا نازعه الدائن أو ورثته في ذلك.

٥- وأخيرا فان الابراء سبب من أسباب انقضاء الالتزام، وهذا هو الأثر الهام الذي يترتب عليه. فالالتزام ينقضي هو وملحقاته وتأميناته دون أن يكون الدائن قد استوفي حقه أو ما يقابل هذا الحق.

المبحث الثانى
استحالة التنفيذ

٢٤٣- شروط استحالة التنفيذ:

تنص المادة ٣٧٣ علي أنه «ينقضي الالتزام اذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه». ويرجع هذا الحكم إلي قاعدة طبيعية مؤداها أنه لا تكليف بمستحيل. ولذلك فان استحالة تنفيذ الالتزام سبب من أسباب انقضائه. ولكن يشترط لذلك ما يلي:

١- يجب أن يكون الالتزام قد نشأ ممكنا، أما اذا كان الالتزام مستحيلا قبل نشأته كالالتزام بنقل ملكية منزل انهدم قبل ابرام العقد، فانه يكون التزاما باطلا لا ينشأ أصلا وبالتالي لا يتصور بشأنه الانقضاء. لأن ما لم يوجد لا يكون هناك مجال لانقضائه.

٢- ويجب أن يصبح تنفيذ الالتزام بعد نشأته مستحيلا وليس فقط مرهقا أو صعبا بالنسبة للمدين. فالالتزام المرهق يظل قائما بالنسبة

للمدين وان جاز تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليه إذا توافرت شروطها. أما الالتزام المستحيل فانه ينقضي.

٣- الاستحالة المؤدية إلي انقضاء الالتزام إما أن تكون مادية أو قانونية. ومن الأمثلة علي الاستحالة المادية أن ينهدم المنزل المطلوب نقل ملكيته أو تنفق الماشية المطلوب تسليمها أو أن تبتر يد الفنان الذي التزم برسم لوحة، أو أن يضطر المدين إلي القيام بالعمل الذي التزم بالامتناع عن القيام به. ولكن يلاحظ أن الالتزام الذي محله شئ مثلي كالنقود لا يتصور أن يصبح مستحيلا لأن المثليات لا تهلك. ومن الأمثلة علي الاستحالة القانونية أن يلتزم شخص بنقل ملكية عقار فتنزع ملكية هذا العقار للمنفعة العامة. والاستحالة بنوعيها المادي والقانوني تؤدي إلي انقضاء الالتزام.

٤- يجب أن ترجع استحالة التنفيذ إلي سبب أجنبي لا يد للمدين فيه.(٥٤) أما اذا رجعت استحالة التنفيذ إلي خطأ المدين، فان الالتزام لا ينقضي بل يصبح من حق الدائن الرجوع علي المدين بالتنفيد بمقابل، أي التنفيذ بطريق التعويض. والسبب الأجنبي هو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير.(٥٥) وعلي المدين يقع عبء اثبات السبب الأجنبي.

---

(٥٤) قضت محكمة النقض بأن «لمحكمة الموضوع تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعي بها تعتبر سببا أجنبيا ينتفي به الالتزام وتنتفي به المسئولية متي أقامت قضاءها علي أسباب سائغه». (نقض ٢٧ نوفمبر ١٩٩٥، بند ٢٤١، طعن رقم ٢٦٧٨، س٦٣ق، ص١٢٣٥ وما بعدها).

(٥٥) راجع كتابنا مصادر الالتزام، حيث نقرأ «ومن الأمثلة علي السبب الأجنبي الذي يقطع علاقة السببيه» أن يتعهد تاجر بتوريد سلعة من الخارج، ثم يصدر قرار من الحكومة بمنع استيراد هذه السلعة. وفي هذا المثال يتحقق الخطأ في جانب المدين بمجرد عدم قيامه بتحقيق النتيجة وهي توريد السلعة، ويصيب الدائن ضرر إذا كان يعتمد في عمله علي هذه =

٢٤٤- آثار استحالة التنفيذ:

أهم أثر لاستحالة التنفيذ بغير خطأ المدين هو انقضاء الالتزام وملحقاته وتأميناته.(٥٦) واذا كان هذا الالتزام ناشئا عن عقد ملزم للجانبين، فان الالتزام المقابل له ينقضي أيضا وينفسخ العقد (م١٥٩ مدني).

وبالتالي فان المدين يتحمل تبعة استحالة التنفيذ لأنه لا يستطيع أن يطالب بالالتزام المقابل لالتزامه الذي استحال تنفيذه. أما اذا كان الالتزام ناشئا عن عقد ملزم لجانب واحد. فان هذا الالتزام ينقضي باستحالة تنفيذه، ويتحمل الدائن في هذه الحالة تبعة استحالة التنفيذ لأن ذمة المدين تبرأ في مواجهته ولا يقابل ذلك سقوط التزام عليه هو قبل المدين اذ لا وجود لمثل هذا الالتزام في العقد الملزم لجانب واحد.(٥٧)

المبحث الثالث
التقادم المسقط

٢٤٥- الأساس القانونى للتقادم المسقط:

الفكرة الأساسية التي يقوم عليها التقادم المسقط هي استقرار المعاملات. فالحق الذي يسكت صاحبه عن المطالبة به مدة طويلة لا يكون

=السلعة ولا يمكنه أن يستبدلها بسلعة أخري منتجة انتاجا محليا. ومع ذلك لا تقوم مسئولية المدين لانتفاء علاقه السببية، بحدوث سبب أجنبي هو قرار الحكومة الذي منع استيراد هذه السلعة، فقرة ١٤١، ص١٨٤ وما بعدها.

(٥٦) ويجوز مع ذلك أن يتفق الطرفان على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة (م٢١٧/١ مدني)، راجع كتابنا، مصادر الالتزام، فقرة ١٣٦، ص١٧٥.

(٥٧) راجع في انفساخ العقد وتحمل التبعه، كتابنا مصادر الالتزام، فقرة ١٤٧، ص١٩٦.

له أن يطالب به بعد انقضاء هذه المدة وإلي أجل غير محدد. لأن سكوت الدائن عن المطالبة مدة طويلة فيه دلالة علي أنه استوفي حقه أو أنه قد نزل عنه للمدين، أو أن الدائن شخص مهمل فتكون رعاية حق المدين أولي. وفي جميع الأحوال فانه من غير المقبول من ناحية استقرار المعاملات أن يطالب المدين بالاحتفاظ بمخالصة الوفاء مهما طال الأجل، وأن يسمح للدائن أو ورثته بمطالبة المدين أو ورثته بعد مرور عدة أجيال. ولذلك فان كل التشريعات تجعل مرور مدة معينة من الوقت سببا من أسباب انقضاء الالتزام. وهذه المدة بحسب الأصل ثلاثين عاما في القانون الفرنسي وخمسة عشر عاما في القانون المصري. غير أن المشرع ينص علي مدد أخري للتقادم بالنسبة لبعض الديون وهو ما ندرسه فيما يلي.

٢٤٦- مدد التقادم المختلفة:

اذا لم يوجد نص خاص يحدد تقادم التزام معين، فان هذه المدة تكون خمس عشرة سنة باعتبار هذه المدة هي الأصل وما عداها فهو استثناء. وقد نصت علي هذا الحكم المادة ٣٧٤ التي تقرر أنه «يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية». وقد وردت عقب هذا النص عدة نصوص آخري تحدد مدد تقادم مختلفة لبعض الالتزامات المعينة مراعاة منها لبعض الاعتبارات الخاصة. ونذكر هذه الحالات المختلفة فيما يلي.

١- يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين، كأجرة المباني والأراضي الزراعية، ومقابل الحكر، وكالفوائد والايرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات (م٣٧٥/١).

٢- تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين، اذا كانت هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات. وقد تقرر التقادم القصير المدة في هذه الحالات علي أساس قرينة الوفاء (م٣٧٦ مدني).

٣- تتقادم بخمس سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة،(٥٨) ويتقادم بثلاث سنوات الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق (م٣٧٧ مدني).

٤- تتقادم بسنة الحقوق الآتية: (أ) حقوق التجار والصناع من أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الاقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم. (ب) حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قموا به من توريدات. ويلاحظ أن مدة التقادم القصيرة في هذه الحالات تقوم علي قرينة الوفاء لأن الغالب أن أصحاب الحقوق المذكورة يستوفون حقوقهم في هذه المدة القصيرة. ومع ذلك فان الالتزام لا يسقط بمرور مدة السنة فقط، بل يجب علي من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين علي أنه أدي الدين فعلا. وهذه اليمين

---

(٥٨) قضت محكمة النقض بأنه:

«الحق في المطالبة بدين الضريبة، تبدأ مدة سقوطه من تاريخ وجوبه في ذمة المدين فإذا كان مؤجلا أو معلقا علي شرط، فإن ميعاد سقوطه يبدأ من يوم حلول الأجل أو تحقق الشرط - مثال - طلب الممول اصدار بطاقة ضريبية، تضمنه بطريق اللزوم الاخطار بمزاولة النشاط».

(نقض مدني - ١٩٩١/١/٢٥ - مجموعة أحكام النقض س٤٢، الطعن رقم ٢١٧١ لسنة ٥٦ق، رقم (٩١) ص٥٦١، ج١).

يوجهها القاضي من تلقاء نفسه أي بغير طلب من الدائن. واذا توفي المدين فانها توجه إلي ورثته. واذا كان المدين قاصرا فانها توجه إلي وصيه. ويحلف الوارث أو الوصي بأنه لا يعلم بوجود الدين أو يعلم بوجود الوفاء. (م٣٧٨ مدني).

٢٤٧- كيفية حساب مدة التقادم:

تنص المادة ٣٨٠ مدني علي أن «تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها». وتنص المادة ٣٨١ علي أنه «(١) لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص الا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء. (٢) وبخاصة لا يسري التقادم بالنسبة إلي دين معلق علي شرط واقف الا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط، وبالنسبة إلي ضمان الاستحقاق الا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق، وبالنسبة إلي الدين المؤجل الا من الوقت الذي ينقضي فيه الأجل. (٣) واذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفا علي ارادة الدائن، سري التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من اعلان ارادته». ويتضح من هذه النصوص ما يأتي:

١- التقادم الذي يقوم فى أساسه النظري علي قرينة استيفاء الدائن لحقه أو كجزاء لاهماله في المطالبة به لا يتصور أن يبدأ سريانه الا من الوقت الذي يصبح فيه هذا الحق واجب الأداء. فاذا كان الدين معلقا علي شرط واقف أو كان مضافا إلي أجل فان سريان تقادمه لا يبدأ الا من وقت تحقق الشرط أو حلول الأجل.

٢- مدة التقادم تحسب بالأيام لا بالساعات وذلك للتيسير في

الحساب، لانه من المتعذر معرفة الساعة التي يبدأ فيها التقادم علي وجه الدقة.

٣- لا يحسب اليوم الأول الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء ولكن يبدأ الحساب من اليوم التالي إلي أن تكتمل مدة التقادم في اليوم الأخير من هذه المدة.

٢٤٨- وقف التقادم:

اذا كان الالتزام ينقضي بعدم المطالبة به مدة من الزمن، فانه لا يدخل في حساب هذه المدة الفترة أو الفترات التي يوجد فيها مانع لدي الدائن يمنعه من المطالبة بحقه. وهذا هو المقصود بوقف التقادم، أي وقف سريان مدته في فترة يمتنع فيها المطالبة بالالتزام. وقد نصت علي وقف التقادم المادة ٣٨٢ مدني وهي تقرر « (١) لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه علي الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا. وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب. (٢) ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته علي خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية اذا لم يكن له من يمثله قانونا ». ويتضح من هذا النص أن المانع الذي يوقف التقادم اما أن يكون شخصيا أو ماديا.

ومن الأمثلة علي المانع الشخصي أن تكون هناك اعتبارات أدبية تمنع الدائن من المطالبة بحقه كالعلاقة بين الزوجين، أو العلاقة بين الأب وابنه أو العلاقة بين الموكل والوكيل. فهؤلاء لا يسري التقادم بينهم. ومن الأمثلة علي المانع الشخصي كذلك أن يكون الدائن عديم الأهلية أو ناقصها أو كان غائبا أو كان محكوما عليه بعقوبة جنائية ولم يكن له

نائب يمثله قانونا. ويشترط لوقف سريان التقادم بالنسبة لهؤلاء الأشخاص أن تكون مدة التقادم أكثر من خمس سنوات، أما الالتزامات التي مدة تقادمها خمس سنوات فأقل فان هذه المدة تستمر في السريان في مواجهة عديم الأهلية ومن في حكمه ولا تقف بسبب المانع الشخصي لدي الدائن، لأن أساس التقادم فيها هو رعاية مصلحة المدين وحتي لا تتراكم الديون عليه، أو مراعاة طبيعة المعاملات التجارية. ومن ثم لا تكون للموانع الشخصية لدي الدائن أي أثر في سريان تقادم هذه الديون.

ومن الأمثلة علي المانع المادي أن تقوم حرب أو ثورة أو فتنة أو تنقطع المواصلات أو غير ذلك مما يشبه القوة القاهرة التي تمنع الدائن من المطالبة بحقه. فاذا زال هذا المانع بدأ سريان التقادم.

ويلاحظ أنه اذا حدث السبب المؤدي إلي وقف التقادم بعد بدء سريانه فان المدة السابق سريانها تظل محسوبة وتضاف إلي المدة الجديدة التي تبدأ بعد زوال المانع. وفي هذا الحكم يظهر الفارق الجوهري بين وقف التقادم وقطع التقادم الذي يؤدي إلي زوال المدة السابق سريانها بحيث تبدأ مدة تقادم جديدة.

٢٤٩- انقطاع التقادم:

ينقطع التقادم باجراء معين فيه معني اصرار الدائن علي المطالبة بحقه أو اقرار المدين بهذا الحق. ويؤدي قطع التقادم إلي زوال المدة السابق سريانها وبدء سريان تقادم جديد بنفس المدة.[٥٩]

---

(٥٩) قضت محكمة النقض بأن:

ومفاد نص المادة ٣٨٣ من القانون المدني - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - أن المطالبة القضائية التي تقطع التقادم المسقط هي المطالبة الصريحة الجازمة أمام القضاء =

وقد نصت المادة ٣٨٣ علي أن «ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة، وبالتنبيه، وبالحجز، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى».

وتنص المادة ٣٨٤ على أن «(١) ينقطع التقادم اذا أقر المدين بحق الدائن اقرارا صريحا أو ضمنيا. (٢) ويعتبر اقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين».

ويتضح من هذين النصين أن قطع التقادم يحدث اما باجراء من الدائن أو باقرار من المدين. والاجراء الذى يتخذه الدائن يجب أن يصل إلى حد المطالبة القضائية فلا تكفى المطالبة الودية أو الانذار بخطاب مسجل أو الاعذار على يد محضر، بل يجب أن يصل الأمر إلى حد رفع دعوى أمام القضاء ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة، أو المطالبة بالحق أثناء نظر دعوى مرفوعة أو التنبيه على المدين بالدفع بعد صدور حكم فى الدعوى أو على أساس سند تنفيذى يجوز التنفيذ به دون حاجة إلى استصدار حكم، أو بالحجز بناء على حكم أو سند تنفيذى. ويقوم مقام الدعوى فى حالة افلاس المدين أن يتقدم الدائن بقبول حقه فى اجراءات التفليسة الجماعية حيث يمتنع على الدائن رفع دعوى فردية مستقلة.

= بالحق الذي يراد إقتضاؤه، ولهذا فإن صحيفة الدعوي المرفوعة للمطالبة بحق ما لا تقطع التقادم إلا في خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه ويسقط بسقوطه. فمتي تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما فإن رفع الدعوي بطلب أحدهما لا يترتب عليه انقطاع مدة التقادم بالنسبة للحق الآخر باعتبار أن الحق في التعويض يقبل التجزئة».

(نقض مدني - ١٩٩٥/١١/١٢ - مجموعة أحكام النقض س٤٦ جـ٢. الطعن رقم ٤١٢٥ لسنة ٦٤ق، رقم (٢١٤) ص١١٠٢).

ويؤدى إلى انقطاع التقادم أيضا اقرار المدين بالدين سواء كان اقرارا صريحا أو ضمنيا. وقد ضرب المشرع مثلا على الاقرار الضمنى بأن يضع المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين. فاذا كانت قد بدأت مدة التقادم فى السريان منذ خمس سنوات مثلا ثم قام المدين بعد ذلك باعطاء رهن حيازى للدائن فان التقادم ينقطع وتزول مدة الخمس سنوات السابق سريانها وتبدأ مدة تقادم جديدة. وهذا هو الأثر الهام لانقطاع التقادم الذى تنص عليه المادة ١/٣٨٥ «اذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون مدته هى مدة التقادم الأولى». وتطبيقا لهذا النص اذا افترضنا أنه سرت مدة تقادم قدرها أربعة عشر سنة ثم قام الدائن برفع دعوى يطالب فيها المدين بحقه فان مدة التقادم السابق سريانها تزول وتبدأ مدة تقادم جديدة. يكون سريانها من وقت انتهاء اجراءات التقاضى بصدور حكم فى الدعوى. وتكون مدة التقادم الجديد هى نفس مدة التقادم السابقة سواء كانت خمس عشرة سنة أو خمس سنوات أو ثلاث سنوات أو سنة واحدة. على انه فى الحالات التى يصدر فيهاحكم بحق الدائن فان مدة التقادم الجديدة بالنسبة للالتزام المقرر فى الحكم تكون خمس عشرة سنة ولو كانت مدة تقادم الدين المحكوم به أقل من ذلك (م٢/٣٨٥). وأساس هذا الحكم هو اعطاء أكبر قيمة ممكنة لأحكام القضاء. فالحكم القضائى يؤدى إلى تقوية الحق بأن يطيل مدة تقادمه، اذا كانت قصيرة بحسب الأصل.

٢٥٠- آثار التقادم:

تنص المادة ٣٨٦ مدنى على أنه «(١) يترتب على التقام انقضاء

الالتزام. ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى. (٢) واذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات». ويتضح من هذا النص أن التقادم سبب من أسباب انقضاء الالتزام. وهو يؤدى إلى انقضاء الالتزام وملحقاته كالفوائد حتى ولو كانت الفائدة قد استحقت بعد استحقاق الدين الأصلى وبالتالى فان مدة تقادمها لم تكتمل بعد. والتقادم سبب من أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به عملا على استقرار المعاملات. وهو اذا كان يقوم أحيانا على قرينة الوفاء الا أنه فى كثير من الأحيان لا يكون الدائن قد استوفى حقه. وفى مثل هذه الحالة فان المدين تبرأ ذمته قبل الدائن دون أن يوفى بدينه ولذلك فانه يظل ملتزما من الناحية الأخلاقية بالوفاء بالدين. وهذا الالتزام ليس التزاما مدنيا ولكنه التزام طبيعى لا قهر فى تنفيذه. ولكن اذا وفى به المدين وهو عالم بأنه يوفى بالتزام طبيعى فانه يكون قد وفى بدين عليه ولا يجوز له استرداد ما وفاه.

٢٥١- كيفية التمسك بالتقادم:

اذا اكتملت مة التقادم فان الدين لا ينقضى من تلقاء نفسه. وكذلك لا يجوز للقاضى أن يحكم بانقضائه من تلقاء نفسه بل لابد أن يتمسك بذلك المدين نفسه أو أى شخص آخر صاحب مصلحة فى انقضاء الدين بالتقادم ومثال ذلك دائن المدين اذ من مصلحته أن ينقضى دين دائن آخر بالتقادم حتى لا يزاحمه هذا الدائن اذا لم تكن أموال المدين تكفى للوفاء بجميع ديونه. ومثال ذلك أيضا كفيل المدين فمن مصلحته أن ينقضى التزام المدين بالتقادم حتى ينقضى التزامه هو أيضا بطريق التبعية. ويجوز للمدين أو غيره من أصحاب المصلحة، التمسك بالتقادم

فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية لأول مرة. (م٣٨٧).

ونظام التقادم ذاته يتعلق بالنظام العام. ولذلك لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه أى قبل اكتمال مدته. كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون.

ولكن اذا اكتملت مدة التقادم وأصبح الحق فيه ثابتا للمدين، فان هذا الحق لا يتعلق بالنظام العام، ولكنه كأى حق آخر يجوز لصاحبه أن يتنازل عنه. وبالتالى يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أى تكون لديه أهلية التصرف أن ينزل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه. واذا نزل المدين عن الحق فى التقادم بدأت مدة تقادم جديدة مدتها خمس عشرة سنة ولو كانت مدة التقادم الأصلية أقل من ذلك، قياسا على انقطاع التقادم باقرار المدين. (م٣٨٥/٢).

واذا تنازل المدين عن حقه فى التقادم جاز لدائنى هذا المدين أن يطعنوا فى تنازله بالدعوى البولصية اذا توافرت شروطها على النحو السابق دراسته.

وبهذا ننتهى من دراسة أسباب انقضاء الالتزام.

الملاحق

الملحق رقم (١)

بعض نصوص
قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩
بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية
وقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية
وقانون الرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية*

باسم الشعب
رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه، وقد أصدرناه:

(المادة الأولى)

تستبدل عبارة (عشرة آلاف جنيه) بعبارة (خمسة آلاف جنيه)، وعبارة (ألفى جنيه) بعبارة (خمسمائة جنيه) أينما وردت - إحداهما أو كلتاهما - فى نصوص المواد ٤١ و٤٢ و٤٣ و٤٧ و٢٧٧ و٤٨٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وتستبدل عبارة «خمسمائة مثل» بعبارة «ثلاثمائة مثل» وعبارة «أربعمائة مثل» بعبارة «مائتى مثل» فى نص البند (١) من المادة (٣٧) من القانون المشار إليه فى الفقرة السابقة.

وتستبدل عبارة (خمسمائة جنيه) بعبارة (مائة جنيه) أينما وردت فى نص المادتين ٦٠ و٦١ من قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية.

* الجريدة الرسمية، العدد ١٩ مكرر (أ) في ١٧ مايو ١٩٩٩.

وتستبدل عبارة (مائتى جنيه) بعبارة (مائة جنيه) فى الفقرة الأخيرة من المادة (٤) من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية.

(المادة الرابعة)

تزاد بمقدار المثل قيمة الغرامات الواردة فى المواد ١٤ و٦٨ (فقرة ثانية) و٩٩ (فقرة أولى و١١٠ (فقرة أولى) و١٨٨ (فقرة ثانية) و٢٣١ (فقرة ثانية) و٢٤٦ و٣١٥ و٣٢٤ و٣٩٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وفى المواد ٤٣ و٥٦ (فقرة أولى) و٧٨ (فقرة أولى و٨٠ و١٤٥ و١٤٨ (فقرة ثالثة) ، ١٥٢ (الفقرتان الثالثة والخامسة) من قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية.

الملحق رقم (٢)

بعض نصوص
قانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢

بتعديل بعض أحكام قوانين المرافعات المدنية والتجارية والإثبات فى المواد المدنية والتجارية والعقوبات والاجراءات الجنائية وحالات واجراءات الطعن أمام محكمة النقض والرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية

(نشر بالجريدة الرسمية - العدد٢٢ (مكرر) فى أول يونيه سنة ١٩٩٢)

باسم الشعب
رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه، وقد أصدرناه:

(المادة الخامسة)

تزاد إلى عشرة أمثالها قيمة الغرامات فى المواد ١٤ و٦٨ فقرة ثانية و٩٧ فقرة أولى و٩٩ فقرة أولى و١١٠ فقرة أولى و١١٥ فقرة ثانية و١٨٨ فقرة ثانية و٢٣١ فقرة ثانية و٢٤٦ و٢٥٧ و٣١٥ و٣٢٤ و٣٩٧ و٩٨٢ و٩٩٤ و٩٩٦ و٩٩٧ و١٠٠٠ فقرة أولى و١٠٠١ و١٠٠٩ فقرة ثانية من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وفى المواد ٤٣ و٥٦ فقرة أولى و٧٨ فقرة أولى و٨٠ و١٤٥ و١٤٨ فقرة ثالثة و١٥٢ فقرة ثالثة وخامسة من قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية، وفى المادة ٣٦ فقرة ثانية بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات واجراءات الطعن بالنقض.

(المادة السابعة)

تستبدل عبارة «مائه جنيه) بعبارة «عشرين جنيها» الواردة فى المادتين ٦٠ و٦١ من قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية.

الملحق رقم (٣)

قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨
باصدار قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية
(الجريدة الرسمية - العدد ٢٢ فى ١٩٦٨/٥/٣٠)

بعد الديباجه

مادة ١ يلغى الباب السادس من الكتاب الأول من القسم الاول من القانون المدنى والباب السابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنيه والتجارية، الصادر بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ويستعاض عن النصوص الملغاة بنصوص القانون المرافق كما يلغى كل نص آخر يخالف أحكامه

مادة ٢- ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسميه، ويعمل به بعد سته أشهر من تاريخ نشره

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ويعمل كقانون من قوانينها

صدر برياسة الجمهورية فى ٣ ربيع الأول سنة ١٣٨٨ (٣ مايو سنة ١٩٦٨)

جمال عبد الناصر

قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية

الباب الأول

أحكام عامة

مادة ١- على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه.

مادة ٢- يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزاً قبولها

مادة ٣- اذا ندبت المحكمة أحد قضاتها لمباشرة إجراء من إجراءات الإثبات وجب عليها أن تحدد أجلا لا يجاوز ثلاثة أسابيع لمباشرة هذا الإجراء.

ويعين رئيس الدائرة عند الاقتضاء، من يخلف القاضى المنتدب.

مادة ٤- إذا كان المكان الواجب إجراء الاثبات فيه بعيدا عن مقر المحكمة جاز لها أن تندب لإجرائه قاضى محكمة المواد الجزئية الذى يقع هذ المكان فى دائرتها، وذلك مع مراعاة الميعاد المنصوص عليه فى المادة السابقة.

مادة ٥- الأحكام الصادرة باجراءات الإثبات لا يلزم تسبيبها ما لم تتضمن قضاء قطعيا.

ويجب إعلان منطوق هذه الأحكام إلى من لم يحضر جلسة النطق بها، وكذلك يجب إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ اجراء الإثبات وإلا كان العمل باطلا.

ويكون الإعلان بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد يومين.

مادة ٦- كلما استلزم إتمام الإجراء أكثر من جلسة، أو أكثر من يوم،

ذكر فى المحضر اليوم والساعة اللذان يحصل التأجيل إليهما ولا محل لإخبار من يكون غائباً بهذا التأجيل.

مادة ٧- تقدم المسائل العارضة المتعلقة بإجراءات الإثبات للقاضى المنتدب وما لم يقدم له منها لا يجوز عرضه على المحكمة.

وما يصدره القاضى المنتدب من القرارات فى هذه المسائل يكون واجب النفاذ وللخصوم الحق فى إعادة عرضها على المحكمة عند نظر القضية ما لم ينص القانون على غير ذلك.

مادة ٨- على القاضى المنتدب إذا أحال القضية على المحكمة لأى سبب أن يعين لها أقرب جلسة مع إعلان الغائب من الخصوم بتاريخ الجلسة بوساطة قلم الكتاب.

مادة ٩- للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أن أسباب العدول بالمحضر ويجوز لها أن تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك فى حكمها.

الباب الثاني
الأدلة الكتابية
الفصل الأول - المحررات الرسمية

مادة ١٠ - المحررات الرسمية هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن، وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته أو اختصاصه.

فاذا لم تكسب هذه المحررات صفة رسمية، فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم.

مادة ١١- المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقرره قانونا.

مادة ١٢- إذا كان أصل المحرر الرسمى موجودا فان صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذى تكون فيه مطابقة للأصل.

وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع فى ذلك أحد الطرفين، وفى هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل.

مادة ١٣ - إذا لم يوجد أصل المحرر الرسمى كانت الصورة حجة على الوجه الآتى:

(١) يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجيه الأصل متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل.

(ب) ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز فى هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التى أخذت منها.

(جـ) أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف.

الفصل الثاني – المحررات العرفية

مادة ١٤- يعتبر المحرر العرفى صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة.

أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار، ويكفى أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقى عنه الحق.

ومن احتج عليه بمحرر عرفى وناقش موضوعه، لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع.

مادة ١٥- لا يكون المحرر العرفى حجة على الغير فى تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت.

ويكون للمحرر تاريخ ثابت.

(أ) من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك.
(ب) من يوم أن يثبت مضمونه فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ.
(جـ) من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص.
(د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة فى جسمه.

(هـ) من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه.

ومع ذلك يجوز للقاضى تبعا للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات.

مادة ١٦- تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفى من حيث الاثبات. وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع فى مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

وإذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس.

مادة ١٧- دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساسا يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة.

وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن اذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضا لدعواه.

مادة ١٨- لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا فى الحالتين الآتيتين:

(١) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا.

(٢) إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته.

مادة ١٩- التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس، ولو لم يكن التأشير موقعا منه مادام السند لم يخرج قط من حيازته.

وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين فى نسخة أصلية أخرى للسند أو فى مخالصة، وكانت النسخة أو المخالصة فى يد المدين.

الفصل الثالث - طلب إلزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده

مادة ٢٠- يجوز للخصم فى الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أى محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده:

(أ) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه.

(ب) إذا كان مشتركا بينه وبين خصمه، ويعتبر المحرر مشتركا على الأخص إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة.

(جـ) إذا إستند إليه خصمه فى أى مرحلة من مراحل الدعوى.

مادة ٢١- يجب أن يبين فى هذا الطلب:

(أ) أوصاف المحرر الذى يعينه.

(ب) فحوى المحرر بقدر ما يمكن من التفصيل.

(جـ) الواقعة التى يستدل به عليها.

(د) الدلائل والظروف التى تؤيد أنه تحت يد الخصم.

(هـ) وجه إلزام الخصم بتقديمه.

مادة ٢٢ - لا يقبل الطلب إذا لم تراع فيه أحكام المادتين السابقتين.

مادة ٢٣ - إذا أثبت الطالب طلبه وأقر الخصم بأن المحرر فى حيازته أو سكت أمرت المحكمة بتقديم المحرر فى الحال أو فى أقرب موعد تحدده.

وإذا أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتا كافيا لصحة الطلب وجب أن يحلف المنكر يميناً «بأن المحرر لا وجود له أو أنه لا يعلم وجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به.

مادة ٢٤- إذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر فى الموعد الذى حددته المحكمة أو امتنع من حلف اليمين المذكورة اعتبرت صورة المحرر التى قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها، فان لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله وموضوعه.

مادة ٢٥- إذا قدم الخصم محرراً للاستدلال به فى الدعوى فلا يجوز له سحبه بغير رضاء خصمه إلا باذن كتابى من القاضى أو رئيس الدائرة بعد أن تحفظ منه صورة فى ملف الدعوى يؤشر عليها قلم الكتاب بمطابقتها للأصل.

مادة ٢٦- يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن فى إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده وذلك فى الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها فى المواد السابقة.

مادة ٢٧- كل من حاز شيئا أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقا متعلقا به متى كان فحص الشئ ضروريا للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه. فاذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى، فللقاضى أن يأمر بعرضها على ذى الشأن وبتقديمها عند الحاجة إلى القضاء، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لايريد إلا أن يستند اليها فى إثبات حق له.

على أنه يجوز للقاضى أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشئ إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة فى الإمتناع عن عرضه.

ويكون عرض الشئ فى المكان الذى يوجد فيه وقت طلب العرض ما لم يعين القاضى مكانا آخر، وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدما، وللقاضى أن يعلق عرض الشئ على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشئ تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض.

الفصل الرابع - إثبات صحة المحررات

مادة ٢٨- للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية فى المحرر من إسقاط قيمته فى الإثبات أو إنقاصها.

وإذا كانت صحة المحرر محل شك فى نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذى صدر عنه أو الشخص الذى حرره ليبدى ما يوضح حقيقة الأمر فيه.

مادة ٢٩- انكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الأصبع يرد على المحررات غير الرسمية، أما ادعاء التزوير فيرد على جميع المحررات الرسمية وغير الرسمية.

الفرع الأول - انكار الخط والإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع وتحقيق الخطوط

مادة ٣٠- اذا أنكر من يشهد عليه المحرر خطه أو امضاءه أو ختمه أو بصمة أصبعه أو أنكر ذلك خلفه أو نائبه وكان المحرر منتجا فى النزاع ولم

تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة فى شأن صحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة أصبعه أمرت المحكمة بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما.

مادة ٣١- يحرر محضر تبين به حالة المحرر وأوصافه بيانا كافيا ويوقعه رئيس الجلسة وكاتب المحكمة والخصوم ويجب توقيع المحرر ذاته من رئيس الجلسة والكاتب.

مادة ٣٢- يشتمل منطوق الحكم الصادر بالتحقيق على:

(أ) ندب أحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق.
(ب) تعيين خبير أو ثلاثة خبراء.
(جـ) تحديد اليوم والساعة اللذين يكون فيهما التحقيق.
(د) الأمر بايداع المحرر المقتضى تحقيقه قلم الكتاب بعد بيان حالته على الوجه المبين بالمادة السابقة.

مادة ٣٣- يكلف قلم الكتاب الخبير الحضور أمام القاضى فى اليوم والساعة المعينين لمباشرة التحقيق.

مادة ٣٤- على الخصوم أن يحضروا فى الموعد المذكور لتقديم ما لديهم من أوراق المضاهاة والإتفاق على ما يصلح منها لذلك، فان تخلف الخصم المكلف بالإثبات بغير عذر جاز الحكم بسقوط حقه فى الإثبات، واذا تخلف خصمه جاز اعتبار الأوراق المقدمة للمضاهاة صالحة لها.

مادة ٣٥- على الخصم الذى ينازع فى صحة المحرر أن يحضر بنفسه للاستكتاب فى الموعد الذى يعينه القاضى لذلك، فان امتنع عن الحضور بغير عذر مقبول جاز الحكم بصحة المحرر.

مادة ٣٦- تكون مضاهاة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الذى حصل انكاره على ما هو ثابت لمن يشهد عليه المحرر من خط أو امضاء أو ختم أو بصمة الأصبع.

مادة ٣٧- لا يقبل للمضاهاة فى حالة عدم اتفاق الخصوم إلا:

(أ) الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الموضوع على محررات رسمية.

(ب) الجزء الذى يعترف الخصم بصحته من المحرر المقتضى تحقيقه.

(جـ) خطه أو امضاؤه الذى يكتبه أمام القاضى أو البصمة التى يطبعها أمامه.

مادة ٣٨- يجور للقاضى أن يأمر باحضار المحررات الرسمية المطلوبة للمضاهاة عليها من الجهة التى يكون بها أو ينتقل مع الخبير إلى محلها للاطلاع عليها بغير نقلها

مادة ٣٩- فى حالة تسليم المحررات الرسمية لقلم الكتاب تقوم الصور التى تنسح منها مقام الأصل متى كانت ممضاة من القاضى المنتدب والموظف الذى سلم الأصل، ومتى أعيد الأصل إلى محله، رد الصورة المأخوذة منه إلى قلم الكتاب ويصير الغاؤه.

مادة ٤٠- يوقع الخبير والخصوم والقاضى والكاتب على أوراق المضاهاة قبل الشروع فى التحقيق ويذكر ذلك فى المحضر.

مادة ٤١- تراعى فيما يتعلق بأولى الخبرة القواعد المقررة فى الفصل المتعلق بالخبرة.

مادة ٤٢- لا تسمع شهادة الشهود الا فيما يتعلق باثبات حصول الكتابة أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع على المحرر المقتضى تحقيقه ممن نسبت إليه.

وتراعى فى هذه الحالة القواعد المقررة فى الفصل الخاص بشهادة الشهود.

مادة ٤٣- إذا حكم بصحة كل المحرر فيحكم على من أنكره بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز خمسين جنيهاً.(١)

مادة ٤٤ - إذا قضت المحكمة بصحة المحرر أو برده أو قضت بسقوط الحق فى إثبات صحته أخذت فى نظر موضوع الدعوى فى الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة.

مادة ٤٥- يجوز لمن بيده محرر غير رسمى أن يختصم من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بخطه أو بامضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه ولو كان الالتزام الوارد به غير مستحق الأداء. ويكون ذلك بدعوى أصلية بالاجراءات المعتادة

مادة ٤٦- إذا حضر المدعى عليه وأقر، أثبتت المحكمة إقراره. وتكون جميع المصروفات على المدعى ويعتبر المحرر معترفاً به إذا سكت المدعى عليه أو لم ينكره أو لم ينسبه إلى سواه.

مادة ٤٧- إذا لم يحضر المدعى عليه حكمت المحكمة فى غيبته بصحة

---

(١) زاد هذا المبلغ عشرين مثلا بق٢٣ لسنة ١٩٩٢ وبق١٨ لسنة ١٩٩٩ راجع الملحق رقم (١) والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب

الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع ويجوز استئناف هذا الحكم فى جميع الأحوال.

مادة ٤٨- إذا أنكر المدعى عليه الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع فيجرى التحقيق طبقاً للقواعد المتقدمة.

الفرع الثاني - الادعاء بالتزوير

مادة ٤٩- يكون الادعاء بالتزوير فى أية حال تكون عليها الدعوى بتقرير فى قلم الكتاب، وتبين فى هذا التقرير كل مواضع التزوير المدعى بها وإلا كان باطلا.

ويجب أن يعلن مدعى التزوير خصمه فى الثمانية الأيام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير وإجراءات التحقيق التى يطلب إثباته، وإلا جاز الحكم بسقوط إدعائه.

مادة ٥٠- على مدعى التزوير أن يسلم قلم الكتاب المحرر المطعون فيه إن كان تحت يده، أو صورته المعلنة إليه، فان كان المحرر تحت يد المحكمة أو الكاتب وجب إيداعه قلم الكتاب.

مادة ٥١- إذا كان المحرر تحت يد الخصم جاز لرئيس الجلسة بعد اطلاعه على التقرير أن يكلف فوراً أحد المحضرين بتسليم ذلك المحرر أو بضبطه وإيداعه قلم الكتاب.

فاذا امتنع الخصم عن تسليم المحرر وتعذر ضبطه أعتبر غير موجود ولا يمنع هذا من ضبطه فيما بعد إن أمكن.

مادة ٥٢- إذا كان الادعاء بالتزوير منتجاً فى النزاع ولم تكف وقائع

الدعوى ومستنداتها لاقناع المحكمة بصحة المحرر أو بتزويره ورأت أن إجراء التحقيق الذى طلبه الطاعن فى مذكرته منتج وجائز أمرت بالتحقيق.

مادة ٥٣- يشتمل الحكم الصادر بالتحقيق على بيان الوقائع التى قبلت المحكمة تحقيقها والاجراءات التى رأت إثباتها بها وعلى سائر البيانات المذكورة فى المادة ٣٢.

مادة ٥٤- يجرى التحقيق بالمضاهاة طبقاً للأحكام المنصوص عليها فى النزاع السابق.

ويجرى التحقيق بشهادة الشهود وفقاً للقواعد المقررة لذلك.

مادة ٥٥- الحكم بالتحقيق عملا بالمادة ٥٢ يقف صلاحية المحرر للتنفيذ دون إخلال بالاجراءات التحفظية

مادة ٥٦- إذا حكم بسقوط حق مدعى التزوير فى إدعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة لا تقل عن خمسة وعشرين جنيهاً ولا تجاوز مائة جنيه.(١)

ولا يحكم عليه بشئ إذا ثبت بعض ما ادعاه.

مادة ٥٧- للمدعى عليه بالتزوير إنهاء إجراءات الادعاء فى أية حالة كانت عليها بنزوله عن التمسك بالمحرر المطعون فيه.

وللمحكمة فى هذه الحالة أن تأمر بضبط المحرر أو بحفظه إذا طلب مدعى التزوير ذلك لمصلحة مشروعه.

---

(١) زاد هذا المبلغ عشرين مثلا. ق٢٣ لسنة ١٩٩٢ وق١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع الملحق رقم (١)، والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب.

مادة ٥٨- يجوز للمحكمة - ولو لم يدع أمامها بالتزوير بالاجراءات المتقدمة - أن تحكم برد أى محرر وبطلانه إذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور.

ويجب عليها فى هذه الحالة أن تبين فى حكمها الظروف والقرائن التى تبينت منها ذلك.

مادة ٥٩- يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بمحرر مزور أن يختصم من بيده ذلك المحرر ومن يفيد منه لسماع الحكم بتزويره ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة.

وتراعى المحكمة فى تحقيق هذه الدعوى والحكم فيها للقواعد المنصوص عليها فى هذا الفرع والفرع السابق عليه.

الباب الثالث

شهادة الشهود

مادة ٦٠- فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرين جنيها[1] أو كان غير محدد القيمة؛ فلا تجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.

ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف؛ ويجوز الاثبات بشهادة الشهود إذا كانت زيادة الالتزام على عشرين جنيها لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل.

وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الاثبات بشهادة الشهود فى كل طلب لا تزيد قيمته على عشرين جنيهاً ولو كانت هذه الطلبات فى مجموعها تزيد على هذه القيمة ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة.

وتكون العبرة فى الوفاء إذا كان جزئياً بقيمة الالتزام الأصلى.

مادة ٦١- لا يجوز الاثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيها.[1]

(أ) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى.

(ب) إذا كان المطلوب هو الباقى أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.

---

(١) أصبح المبلغ خمسمائه جنيه راجع التعديلات التشريعية، ص٢١٥ من هذا الكتاب. وراجع الملحق رقم (١) والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب.

(جـ) إذا طالب أحد الخصوم فى الدعوى بما تزيد قيمته على عشرين جنيها[1] ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة.

مادة ٦٢- يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت الكتاب.

وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة.

مادة ٦٣- يجوز كذلك الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابى.

(أ) إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى.
(ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه.

مادة ٦٤- لا يكون أهلا للشهادة من لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة. على أنه يجوز أن تسمع أقوال من لم يبلغ هذه السن بغير يمين على سبيل الاستدلال.

مادة ٦٥- الموظفون والمكلفون بخدمة عامة لا يشهدون ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى علمهم فى أثناء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانونى ولم تأذن السلطة المختصة فى إذاعتها ومع ذلك فلهذه السلطة أن تأذن لهم فى الشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم.

مادة ٦٦- لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو

---

(١) أصبح المبلغ خمسمائة جنيه. راجع التعديلات التشريعية، ص٢١٥ من هذا الكتاب. وراجع الملحق رقم (١) والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب.

غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد أو انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جناية أو جنحة.

ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم.

مادة ٦٧- لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالها إلا فى حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر.

مادة ٦٨- على الخصم الذى يطلب الإثبات بشهادة الشهود أن يبين الوقائع التى يريد إثباتها كتابة أو شفاهاً فى الجلسة.

مادة ٦٩- الاذن لأحد الخصوم باثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق.

مادة ٧٠- للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود فى الأحوال التى يجيز القانون فيها الاثبات بشهادة الشهود متى رأت فى ذلك فائدة للحقيقة.

كما يكون لها فى جميع الأحوال، كلما أمرت بالاثبات بشهادة الشهود، أن تستدعى للشهادة من ترى لزوماً لسماع شهادته إظهارا للحقيقة.

مادة ٧١- يجب أن يبين فى منطوق الحكم الذى يأمر بالاثبات بشهادة

الشهود كل واقعة من الوقائع المأمور باثباتها وإلا كان باطلا، ويبين كذلك فى الحكم اليوم الذى يبدأ فيه التحقيق والميعاد الذى يجب أن يتم فيه.

مادة ٧٢- يكون التحقيق أمام المحكمة ويجوز لها - عند الاقتضاء - أن تنتدب أحد قضاتها لاجرائه.

مادة ٧٣- يستمر التحقيق إلى أن يتم سماع جميع شهود الاثبات والنفى فى الميعاد ويجرى سماع شهود النفى الجلسة ذاتها التى سمع فيها شهود الاثبات إلا إذا حال دون ذلك مانع.

وإذا أجل التحقيق لجلسة أخرى كان النطق بالتأجيل بمثابة تكليف لمن يكون حاضرا من الشهود بالحضور فى تلك الجلسة الا إذا أعفتهم المحكمة أو القاضى صراحة من الحضور.

مادة ٧٤- إذا طلب أحد الخصوم خلال الميعاد المحدد للتحقيق مد الميعاد حكمت المحكمة أو القاضى المنتدب على الفور فى الطلب بقرار يثبت فى محضر الجلسة.

وإذا رفض القاضى مد الميعاد جاز التظلم إلى المحكمة بناء على طلب شفوى يثبت فى محضر التحقيق وتحكم فيه المحكمة على وجه السرعة، ولا يجوز الطعن بأى طريق فى قرار المحكمة.

ولا يجوز للمحكمة ولا للقاضى المنتدب مد الميعاد لأكثر من مرة واحدة.

مادة ٧٥- لا يجوز بعد انقضاء ميعاد التحقيق سماع الشهود بناء على طلب الخصوم.

مادة ٧٦- اذا لم يحضر الخصم شاهدة أو لم يكلفه الحضور فى الجلسة المحددة قررت المحكمة أو القاضى المنتدب الزامه باحضاره أو بتكليفه الحضور لجلسة أخرى ما دام الميعاد المحدد لاتمام التحقيق لم ينقض فاذا لم يفعل سقط الحق فى الاستشهاد به. ولا يخل هذا بأى جزاء آخر يرتبه القانون على هذا التأخير.

مادة ٧٧- إذا رفض الشهود الحضور اجابة لدعوة الخصم أو المحكمة وجب على الخصم أو قلم الكتاب حسب الأحوال تكليفهم الحضور لأداء الشهادة قبل التاريخ المعين لسماعهم بأربع وعشرين ساعة على الأقل عدا مواعيد المسافة.

ويجوز فى أحوال الاستعجال نقص هذا الميعاد وتكليف الشاهد الحضور ببرقية من قلم الكتاب بأمر من المحكمة أو القاضى المنتدب.

مادة ٧٨- اذا كلف الشاهد الحضور تكليفاً صحيحاً ولم يحضر حكمت عليه المحكمة أو القاضى المنتدب بغرامة مقدارها مائتا قرش[1] ويثبت الحكم فى المحضر ولا يكون قابلا للطعن. وفى أحوال لاستعجال الشديد يجوز أن تصدر المحكمة أو القاضى أمراً باحضار الشاهد.

وفى غير هذه الأحوال يؤمر باعادة تكليف الشاهد الحضور اذا كان لذلك مقتض وتكون عليه مصروفات ذلك التكليف، فاذا تخلف حكم عليه بضعف الغرامة المذكورة ويجوز للمحكمة أو القاضى اصدار أمر باحضاره.

---

(١) زاد هذا المبلغ عشرين مثلا. ق٢٣ لسنة ١٩٩٢ وق١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع الملحق رقم (١) والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب.

مادة ٧٩- يجوز للمحكمة أو للقاضي المنتدب اقالة الشاهد من الغرامة اذا حضر وأبدى عذراً مقبولا.

مادة ٨٠- اذا حضر الشاهد وامتنع بغير مبرر قانوني من أداء اليمين أو من الاجابة حكم عليه طبقا للأوضاع المتقدمة بغرامة لا تجاوز عشرة جنيهات.[١]

مادة ٨١- اذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور جاز أن ينتقل إليه القاضي المنتدب لسماع أقواله فان كان التحقيق أمام المحكمة جاز لها أن تندب أحد قضاتها لذلك، ويدعى الخصوم لحضور تأدية هذه الشهادة ويحرر محضر بها يوقعه القاضي المنتدب والكاتب.

مادة ٨٢- لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم الا ان يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لأى سبب آخر.

مادة ٨٣- من لا قدرة له على الكلام يؤدى الشهادة اذا أمكن ان يبين مراده بالكتابة أو بالاشارة.

مادة ٨٤- يؤدى كل شاهد شهادته على انفراد بغير حضور باقي الشهود الذين لم تسمع شهادتهم.

مادة ٨٥- على الشاهد ان يذكر اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه؛ وان يبين قرابته أو مصاهرته ودرجتها ان كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم، ويبين كذلك ان كان يعمل عند احدهم.

---

(١) زاد هذا المبلغ عشرين مثلا. ق٢٣ لسنة ١٩٩٢ وق١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع الملحق رقم (١) والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب.

مادة ٨٦- على الشاهد ان يحلف يميناً بأن يقول الحق وألا يقول الا الحق والا كانت شهادته باطلة؛ ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته ان طلب ذلك.

مادة ٨٧- يكون توجيه الأسئلة إلى الشاهد من المحكمة أو القاضى المنتدب. ويجيب الشاهد أولا عن أسئلة الخصم الذى استشهد به ثم عن أسئلة الخصم الآخر دون أن يقطع أحد الخصوم كلام الآخر أو كلام الشاهد وقت أداء الشهادة.

مادة ٨٨- اذا انتهى الخصم من استجواب الشاهد فلا يجوز له ابداء أسئلة جديدة إلا باذن المحكمة أو القاضى.

مادة ٨٩- لرئيس الجلسة أو لأى من أعضائها أن يوجه للشاهد مباشرة ما يراه من الأسئلة مفيدا فى كشف الحقيقة.

مادة ٩٠- تؤدى الشهادة شفاها ولا يجوز الاستعانة بمفكرات مكتوبة الا باذن المحكمة أو القاضى المنتدب حيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى.

مادة ٩١- تثبت إجابات الشهود فى المحضر ثم تتلى على الشاهد ويوقعها بعد تصحيح ما يرى لزوم تصحيحه منها وإذا امتنع عن التوقيع ذكر ذلك وسببه فى المحضر.

مادة ٩٢- تقدر مصروفات الشهود ومقابل تعطيلهم بناء على طلبهم ويعطى الشاهد صورة من أمر التقدير تكون نافذة على الخصم الذى إستدعاه.

مادة ٩٣- يشتمل محضر التحقيق على البيانات الآتية:

(أ) يوم التحقيق ومكان وساعة بدئه وإنتهائه مع بيان الجلسات التى إستغرقها.

(ب) أسماء الخصوم وألقابهم وذكر حضورهم أو غيابهم وما صدر بشأنهم من الأوامر.

(جـ) ما يبديه الشهود وذكر تحليفهم اليمين.

(د) الأسئلة الموجهة إليهم ومن تولى توجيهها وما نشأ عن ذلك من المسائل العارضة ونص إجابة الشاهد عن كل سؤال.

(و) توقيع الشاهد على إجابته بعد إثبات تلاوتها وملاحظاته عليها.

(ز) قرار تقدير مصروفات الشاهد إذا كان قد طلب ذلك.

(ح) توقيع رئيس الدائرة أو القاضى المنتدب والكاتب.

مادة ٩٤- إذا لم يحصل التحقيق أمام المحكمة أو حصل أمامها ولم تكن المرافعة قد تمت فى نفس الجلسة التى سمع فيها الشهود، كان للخصوم الحق فى الاطلاع على محضر التحقيق.

مادة ٩٥- بمجرد إنتهاء التحقيق أو انقضاء الميعاد المحدد لإتمامه يعين القاضى المنتدب أقرب جلسة لنظر الدعوى ويقوم قلم الكتاب باخبار الخصم الغائب.

مادة ٩٦- يجوز لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء ويحتمل عرضه عليه أن يطلب فى مواجهة ذوى الشأن سماع ذلك الشاهد.

ويقدم هذا الطلب بالطرق المعتادة إلى قاضى الأمور المستعجلة وتكون مصروفاته كلها على من طلبه وعند تحقق الضرورة يحكم القاضى بسماع الشاهد متى كانت الواقعة مما يجوز إثباته بشهادة الشهود.

مادة ٩٧- لا يجوز فى هذه الحالة تسليم صورة من محضر التحقيق ولا تقديمه إلى القضاء. إلا إذا رأت محكمة الموضوع عند نظره جواز إثبات

الواقعة بشهادة الشهود، ويكون للخصم الإعتراض أمامها على قبول هذا الدليل، كما يكون له طلب سماع شهود نفى لمصلحته.

مادة ٩٨- تتبع فى هذا التحقيق القواعد المتقدمة عدا ما نص علية فى المواد ٦٩، ٧٢، ٧٣، ٧٤، ٩٤.

الباب الرابع
القرائن وحجية الأمر المقضي
الفصل الأول - القرائن

مادة ٩٩- القرينة القانونية تغنى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

مادة ١٠٠- يترك لتقدير القاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون؛ ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا فى الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود.

الفصل الثاني - حجية الأمر المقضي

مادة ١٠١- الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلا وسببا.

وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها.

مادة ١٠٢- لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا.

الباب الخامس

الإقرار واستجواب الخصوم

الفصل الأول - الإقرار

مادة ١٠٣- الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعية بها عليه وذلك أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة.

مادة ١٠٤- الإقرار حجة قاطعة على المقر.

ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعه منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى.

الفصل الثاني - إستجواب الخصوم

مادة ١٠٥- للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضراً من الخصوم ولكل منهم أن يطلب إستجواب خصمه الحاضر.

مادة ١٠٦- للمحكمة كذلك أن تأمر بحضور الخصم لإستجوابه سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب خصمه، وعلى من تقرر إستجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التى حددها القرار.

مادة ١٠٧- إذا كان الخصم عديم الأهلية أو ناقصها جاز إستجواب من ينوب عنه، وجاز للمحكمة مناقشته هو إن كان مميزاً فى الأمور المأذون فيها.

ويجوز بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية توجيه الاستجواب إلى من يمثلها قانونا. ويشترط فى جميع الأحوال أن يكون المراد استجوابه أهلا للتصرف فى الحق المتنازع فيه.

مــادة ١٠٨- إذا رأت المحكمــة أن الدعــوى ليــست فى حــاجــة إلى إستجواب رفضت طلب الاستجواب.

مادة ١٠٩- يوجه الرئيس الاسئلة التى يراها إلى الخصم، ويوجه إليه كذلك ما يطلب الخصم الآخر توجيهه منها وتكون الإجابة فى الجلسة ذاتها الا اذا رأت المحكمة اعطاء ميعاد للاجابة.

مادة ١١٠- تكون الاجابة فى مواجهة من طلب الاستجواب ولكن لا يتوقف الاستجواب على حضوره.

مادة ١١١- تدون الأسئلة والأجوبة بالتفصيل والدقة بمحضر الجلسة، وبعد تلاوتها يوقع عليها الرئيس والكاتب والمستجوب وإذا امتنع المستجوب من الإجابة أو من التوقيع ذكر فى المحضر امتناعه وسببه.

مادة ١١٢- اذا كان للخصم عذر يمنعه من الحضور للاستجواب، جاز للمحكمة أن تندب أحد قضاتها لاستجوابه على نحو ما ذكر.

مادة ١١٣- اذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع من الاجابة بغير مبرر قانونى جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن فى الأحوال التى ما كان يجوز فيها ذلك.

الباب السادس
اليمين

ماد ١١٤- يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، على أنه يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين اذا كان الخصم متعسفا فى توجيهها.

ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، على أنه لا يجوز الرد إذا انصب اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان، بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين.

مادة ١١٥- لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة فى واقعة مخالفة للنظام العام.

ويجب أن تكون الواقعة التى تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه، فان كانت غير شخصية له انصبت على مجرد علمه بها.

ويجوز للوصى أو القيم أو وكيل الغائب أن يوجه اليمين الحاسمة فيما يجوز له التصرف فيه.

ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة فى أية حالة كانت عليها الدعوى.

مادة ١١٦- لا يجوز لمن يوجه اليمين أو ردها أن يرجع فى ذلك متى قبل خصمه أن يحلف.

مادة ١١٧- لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذى وجهت إليه أو وردت عليه، على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائى، فان الخصم الذى أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق فى الطعن على الحكم الذى صدر ضده.

مادة ١١٨- كل من وجهت اليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه، وكل من وردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه.

مادة ١١٩- للقاضى أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه فى موضوع الدعوى أو فى قيمة ما يحكم به.

ويشترط فى توجيه هذه اليمين ألا يكون فى الدعوى دليل كامل وإلا تكون الدعوى خالية من أى دليل.

مادة ١٢٠- لا يجوز للخصم الذى وجه إليه القاضى اليمين المتممة أن يردها على الخصم الآخر.

مادة ١٢١- لا يجوز للقاضى أن يوجه إلى المدعى اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى.

ويحدد القاضى حتى فى هذه الحالة حدا أقصى للقيمة التى يصدق فيها المدعى بيمنيه.

مادة ١٢٢- يجب على من يوجه إلى خصمه اليمين أن يبين بالدقة الوقائع التى يريد استحلافه عليها ويذكر صيغة اليمين بعبارة واضحة.

مادة ١٢٣- للمحكمة أن تعدل صيغة اليمبن التى يعرضها الخصم بحيث توجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها.

مادة ١٢٤- اذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين لا فى جوازها ولا فى تعلقها بالدعوى وجب عليه ان كان حاضرا بنفسه أن يحلفها فورا أو يردها على خصمه والا اعتبر ناكلا، ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعادا للحلف اذا رأت لذلك وجها، فان لم يكن حاضرا وجب تكليفه على يد محضر للحضور لحلفها بالصيغة التى أقرتها المحكمة، وفى اليوم الذى حددته، فان حضر وامتنع دون أن ينازع أو تخلف بغير عذر اعتبر ناكلا لذلك.

مادة ١٢٥- اذا نازع من وجهت إليه اليمين فى جوازها أو فى تعلقها بالدعوى ورفضت المحكمة منازعته وحكمت بتحليفه بينت فى منطوق حكمها

صيغة اليمين، ويعلن هذا المنطوق للخصم إن لم يكن حاضرا بنفسه ويتبع ما نص عليه فى المادة السابقة.

مادة ١٢٦- إذا كان لمن وجهت إليه اليمين عذر يمنعه من الحضور انتقلت المحكمة أو ندبت أحد قضاتها لتحليفه.

مادة ١٢٧- تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف «احلف» ويذكر الصيغة التى أقرتها المحكمة.

مادة ١٢٨- لمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقا للأوضاع المقررة فى ديانته اذا طلب ذلك.

مادة ١٢٩- يعتبر فى حلف الاخرس ونكوله إشارته المعهودة ان كان لا يعرف الكتابة، فان كان يعرفها فحلفه ونكوله بها.

مادة ١٣٠- يحرر محضر بحلف اليمين يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضى المنتدب والكاتب.

الباب السابع
المعاينة

مادة ١٣١- للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه أو أن تندب أحد قضاتها لذلك.

وتحرر المحكمة أو القاضى محضرا تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة والا كان العمل باطلا.

مادة ١٣٢- للمحكمة أو لمن تندبه من قضاتها حال الانتقال تعيين

خبير للاستعانة به فى المعاينة، ولها وللقاضى المنتدب من يرى سماعه من الشهود وتكون دعوة هؤلاء للحضور بطلب ولو شفويا من كاتب المحكمة.

مادة ١٣٣- يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء، أن يطلب فى مواجهة ذوى الشأن وبالطرق المعتادة من قاضى الأمور المستعجلة الانتقال للمعاينة وتراعى فى هذه الحالة الأحكام المبينة فى المواد السابقة.

مادة ١٣٤- يجوز للقاضى فى الحالة المبينة فى المادة السابقة، أن يندب أحد الخبراء للانتقال والمعاينة وسماع الشهود بغير يمين وعندئذ يكون عليه أن يعين جلسة لسماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير وأعماله.

وتتبع القواعد المنصوص عليها فى الباب الخاص بالخبرة.

الباب الثامن
الخبـــرة

مادة ١٣٥- للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بندب خبير واحد أو ثلاثة ويجب أن تذكر فى منطوق حكمها:

(أ) بيانا دقيقا لمأمورية الخبير والتدابير العاجلة التى يؤذن له اتخاذها.

(ب) الأمانة التى يجب إيداعها خزانة المحكمة لحساب مصروفات الخبير وأتعابه والخصم الذى يكلف إيداع هذه الأمانة والأجل الذى يجب فيه الايداع والمبلغ الذى يجوز للخبير سحبه لمصروفاته.

(جـ) الأجل المضروب لإيداع تقرير الخبير.

(د) تاريخ الجلسة التى تؤجل إليها القضية للمرافعة فى حالة إيداع الأمانة وجلسة أخرى أقرب منها لنظر القضية فى حالة عدم إيداعها.

(هـ) وفى حالة دفع الأمانة لا تشطب الدعوى قبل إخبار الخصوم بايداع الخبير تقريره طبقا للإجراءات المبينة فى المادة ١٥١

مادة ١٣٦- إذا اتفق الخصوم على اختيار خبير أو ثلاثة اقرت المحكمة اتفاقهم.

وفيما عدا هذه الحالة تختار المحكمة الخبراء من بين المقبولين أمامها إلا إذا قضت بغير ذلك ظروف خاصة، وعليها حينئذ أن تبين هذه الظروف فى الحكم.

وإن كان الندب لمكتب الخبراء أو قسم الطب الشرعى أو أحد الخبراء الموظفين وجب على الجهة الإدارية فور إخطارها بايداع الأمانة تعيين شخص الخبير الذى عهد إليه بالمأمورية وإبلاغ المحكمة بهذا التعيين ويجرى فى حقه حكم الماد ١٤٠.

مادة ١٣٧- إذا لم تودع الأمانة من الخصم المكلف إيداعها ولا من غيره من الخصوم كان الخبير غير ملزم بأداء المأمورية وتقرر المحكمة سقوط حق الخصم الذى لم يقم بدفع الأمانة فى التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير إذا وجدت أن الأعذار التى أبداها لذلك غير مقبولة.

مادة ١٣٨- فى اليومين التاليين لإيداع الأمانة يدعو قلم الكتاب الخبير - بكتاب مسجل - ليطلع على الأوراق المودعة ملف الدعوى بغير أن يتسلمها ما لم تأذن له المحكمة أو الخصوم فى ذلك وتسلم إليه صورة من الحكم.

مادة ١٣٩- اذا كان الخبير غير مقيد اسمه فى الجدول وجب أن يحلف

أمام قاضى الأمور الوقتية - وبغير ضرورة لحضور الخصوم - يمينا أن يؤدى عمله بالصدق والأمانة وإلا كان العمل باطلا.

مادة ١٤٠- للخبير خلال الخمسة الأيام التالية لتاريخ تسلم صورة الحكم من قلم الكتاب أن يطلب إعفاءه من أداء مأموريته ولرئيس الدائرة التى عينته أو القاضى الذى عينه أن يعفيه منها إذا رأى أن الأسباب التى أبداها لذلك مقبولة.

ويجوز فى الدعاوى المستعجلة أن تقرر المحكمة فى حكمها نقص هذا الميعاد. فاذا لم يؤد الخبير مأموريته ولم يكن قد أعفى من أدائها جاز للمحكمة التى ندبته أن تحكم عليه بكل المصروفات التى تسبب فى إنفاقها بلا فائدة وبالتعويضات إن كان لها محل وذلك بغير إخلال بالجزاءات التأديبية.

مادة ١٤١- يجوز رد الخبير:

(أ) إذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت من الخصم أو زوجته بعد تعيين الخبير بقصد رده.

(ب) إذا كان وكيلا لأحد الخصوم فى أعماله الخاصة أو وصيا عليه أو قيما أو مظنونة وراثته له بعد موته أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصى أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصمة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية فى الدعوى.

(جـ) إذا كان له أو لزوجه أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن هو وكيلا عنه أو وصيا أو قيما عليه مصلحة فى الدعوى القائمة.

(د) إذا كان يعمل عند أحد الخصوم أو كان قد إعتاد مؤاكلة أحدهم أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هدية، أو كانت بينهما عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته أداء مأموريته بغير تحيز.

مادة ١٤٢- يحصل طلب الرد بتكليف الخبير الحضور أمام المحكمة أو القاضى الذى عينه وذلك فى الثلاثة الأيام التالية لتاريخ الحكم بتعيينه إذا كان هذا الحكم قد صدر بحضور طالب الرد وإلا ففى الثلاثة الأيام التالية لإعلان منطوق الحكم اليه.

مادة ١٤٣- لا يسقط الحق فى طلب الرد إذا كانت أسبابه قد طرأت بعد ذلك الميعاد أو إذا قدم الخصم الدليل على أنه لم يعلم بها إلا بعد انقضائه.

مادة ١٤٤- لا يقبل من أحد الخصوم طلب رد الخبير المعين بناء على اختياره إلا إذا كان سبب الرد قد حدث بعد تعيينه.

مادة ١٤٥- يحكم فى طلب الرد على وجه السرعة ولا يجوز الطعن فى الحكم الصادر فيه بأى طريق. وإذا رفض طلب الرد حكم على طالبه بغرامة لا تقل عن خمسة جنيهات ولا تزيد على عشرين جنيها.(١)

مادة ١٤٦- على الخبير أن يحدد لبدء عمله تاريخا لا يجاوز الخمسة عشر يوما التالية للتليف المذكور فى المادة ١٣٨ وعليه أن يدعو الخصوم

---

(١) زاد هنا المبلغ عشرين مثلا. ق٢٣ لسنة ١٩٩٢ وق١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع الملحق رقم (١) والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب.

بكتب مسجلة ترسل قبل ذلك التاريخ بسبعة أيام على الأقل يخبرهم فيها بمكان أول اجتماع ويومه وساعته.

وفى حالات الاستعجال يجوز أن ينص فى الحكم على مباشرة العمل فى ثلاثة الأيام التالية لتاريخ التكليف المذكور على الأكثر وعندئذ يدعى الخصوم باشارة برقية ترسل قبل الاجتماع الأول بأربع وعشرين ساعه على الأقل - وفى حالات الاستعجال القصوى يجوز أن ينص فى الحكم على مباشرة المأمورية فورا ودعوة الخصوم باشارة برقية للحضور فى الحال

ويترتب على عدم دعوة الخصوم بطلان عمل الخبير

مادة ١٤٧- يجب على الخبير أن يباشر أعماله ولو فى غيبة الخصوم متى كانوا قد دعوا على الوجه الصحيح.

مادة ١٤٨- يسمع الخبير أقوال الخصوم وملاحظاتهم ويسمع - بغير يمين - أقوال من يحضرونهم أو من يرى هو سماع أقواله إذا كان الحكم قد أذن له فى ذلك.

مادة ١٤٩- يجب أن يشتمل محضر أعمال الخبير على بيان حضور الخصوم وأقوالهم وملاحظاتهم موقعة منهم ما لم يكن لديهم مانع من ذلك فيذكر فى المحضر كما يجب أن يشتمل على بيان أعمال الخبير بالتفصيل وأقوال الأشخاص الذين سمعهم من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم وتوقيعاتهم.

مادة ١٥[illegible] على الخبير أن يقدم تقريرا موقعا منه بنتيجة أعماله [illegible] والأوجه التى استند اليها بايجاز ودقة

فان كان الخبراء ثلاثة فلكل منهم أن يقدم تقريرا مستقلاً برأيه ما لم يتفقوا على أن يقدموا تقريرا واحدا يذكر فيه رأى كل منهم وأسبابه.

مادة ١٥١- يودع الخبير تقريره ومحاضر أعماله قلم الكتاب ويودع كذلك جميع الأوراق التى سلمت إليه فاذا كان مقر المحكمة المنظورة أمامها الدعوى بعيدا عن موطن الخبير جاز له إيداع تقريره وملحقاته قلم كتاب أقرب محكمة له، وعلى هذه المحكمة ارسال الأوراق المودعة إلى المحكمة التى تنظر الدعوى

وعلى الخبير أن يخبر الخصوم بهذا الإيداع فى الأربع والعشرين ساعة التالية لحصوله وذلك بكتاب مسجل.

مادة ١٥٢- اذا لم يودع الخبير تقريره فى الأجل المحدد فى الحكم الصادر بتعيينه وجب عليه أن يودع قلم الكتاب قبل انقضاء ذلك الأجل مذكرة يبين فيها ما قام به من الأعمال والأسباب التى حالت دون اتمام مأموريته

وفى الجلسة المحددة لنظر الدعوى اذا وجدت المحكمة فى مذكرة الخبير ما يبرر تأخيره منحته أجلا لانجاز مأموريته وايداع تقريره.

فان لم يكن ثمة مبرر لتأخره حكمت عليه المحكمة بغرامة لا تزيد على خمسة عشر جنيها[1] ومنحته أجلا آخر لإنجاز مأموريته وايداع تقريره أو استبدلت به غيره وألزمته برد ما يكون قد قبضه من الأمانة إلى قلم الكتاب وذلك بغير اخلال بالجزاءات التأديبية والتعويضات ان كان لها وجه ولا يقبل الطعن فى الحكم الصادر بابدال الخبير والزامه برد ما قبضه من الأمانة.

---

(١) زاد هذا المبلغ عشرين مثلا ق٢٣ لسنة ١٩٩٢ وق١٨ لسنة ١٩٩٩ راجع الملحق رقم (١) والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب.

وإذا كان التأخير ناشئا عن خطأ الخصم حكم عليه بغرامة لا تقل عن جنيه ولا تزيد عن خمسة عشر جنيها[١]، ويجوز الحكم بسقوط حقه فى التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير.

مادة ١٥٣- للمحكمة أن تأمر باستدعاء الخبير فى جلسة تحددها لمناقشته فى تقريره ان رأت حاجة لذلك، ويبدى الخبير رأيه مؤيدا بأسبابه، وتوجه إليه المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم ما تراه من الأسئلة مفيدا فى الدعوى.

مادة ١٥٤- للمحكمة أن تعيد المأمورية إلى الخبير ليتدارك ما تبينه له من وجوه الخطأ أو النقص فى عمله أو بحثه ولها أن تعهد بذلك إلى خبير آخر أو إلى ثلاثة خبراء آخرين ولهؤلاء أن يستعينوا بمعلومات الخبير السابق.

مادة ١٥٥- للمحكمة أن تعين خبيرا لإبداء رأيه مشافهة بالجلسة بدون تقديم تقرير ويثبت رأيه فى المحضر.

مادة ١٥٦- رأى الخبير لا يقيد المحكمة.

مادة ١٥٧- تقدر أتعاب الخبير ومصروفاته بأمر يصدر على عريضة من رئيس الدائرة التى عينته أو قاضى محكمة المواد الجزئية الذى عينه بمجرد صدور الحكم فى موضوع الدعوى.

فاذا لم يصدر هذا الحكم فى الثلاثة الأشهر التالية لإيداع التقرير لأسباب لا دخل للخبير فيها قدرت أتعابه ومصروفاته بغير إنتظار الحكم فى موضوع الدعوى.

---

(١) زاد هذا المبلغ عشرين مثلا. ق٢٣ لسنة ١٩٩٢ وق١٨ لسنة ١٩٩٩. راجع الملحق رقم (١) والملحق رقم (٢) من هذا الكتاب.

مادة ١٥٨- يستوفى الخبير ما قدر له من الأمانة ويكون أمر التقدير فيما زاد عليها واجب التنفيذ على من طلب تعيينه من الخصوم، وكذلك على الخصم الذى قضى بالزامه بالمصروفات.

مادة ١٥٩- للخبير ولكل خصم فى الدعوى أن يتظلم من أمر التقدير وذلك خلال الثمانية الأيام التالية لإعلانه.

مادة ١٦٠- لا يقبل التظلم من الخصم الذى يجوز تنفيذ أمر التقدير عليه إلا إذا سبقه ايداع الباقى من المبلغ المقدر خزانة المحكمة مع تخصيصه لأداء ما يستحقه الخبير.

مادة ١٦١- يحصل التظلم بتقرير فى قلم الكتاب ويترتب على رفعه وقف تنفيذ الأمر وينظر فى غرفة المشورة بعد تكليف الخبير والخصوم الحضور بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد ثلاثة أيام، على أنه اذا كان قد حكم نهائيا فى شأن الإلزام بمصروفات الدعوى فلا يختصم فى التظلم من لم يطلب تعيين الخبير ولم يحكم عليه بالمصروفات.

مادة ١٦٢- اذا حكم فى التظلم بتخفيض ما قدر للخبير جاز للخصم أن يحتج بهذا الحكم على خصمه الذى يكون قد أدى للخبير ما يستحقه على أساس أمر التقدير دون اخلال بحق هذا الخصم فى الرجوع على الخبير.

الفهــرس

صفحة

الكتاب الأول
في الاثبات

١- محل الاثبات هو مصدر الحق وليس الحق ذاته

٢- محل الاثبات هو الواقع وليس القانون

٣- شروط محل الاثبات

الفصل الثالث

عبء الاثبات

الفصل الرابع
طرق الاثبات

المبحث الأول
الاثبات بالكتابة
١- الأوراق الرسمية

٢- الأوراق العرفية

المبحث الثاني
الاثبات بالشهادة (البينة)

المبحث الأول

الأوراق العرفية المعدة للاثبات

١- شروط صحة الأوراق العرفية

٢- حجية الأوراق العرفية في الاثبات

المبحث الثاني

الأوراق العرفية غير المعدة للاثبات

١- الرسائل والبرقيات

٢- دفاتر التجار

٣- الدفاتر والأوراق المنزلية

٤- التأشير ببراءة الذمة

الفصل الثالث
اثبات صحة المحررات

المبحث الأول
الادعاء بالتزوير

المبحث الثاني
تحقيق الخطوط

الكتاب الثاني
أحكام الإلتزام

الباب الأول
آثار الالتزام

الفصل الأول
التنفيذ العيني

الباب الثاني

أوصاف الالتزام

الفصل الأول

الشرط والأجل

المبحث الأول

الشرط

المبحث الثاني

الأجل

الفصل الثاني

تعدد محل الالتزام

١- الالتزام التخييري

٢- الالتزام البدلي

الفصل الثالث

تعدد طرفي الالتزام

المبحث الأول: الالتزام التضامني

١- التضامن بين الدائنين

٢- التضامن بين المدينين

المبحث الثاني: عدم القابلية للانقسام

الباب الثالث
انتقال الالتزام

الفصل الأول
حوالة الحق

الفصل الثاني
حوالة الدين

١- شروط انشاء حوالة الدين

٢- نفاذ حوالة الدين في حق الدائن

٣- آثار حوالة الدين

١- علاقة الدائن بالمحال عليه

٢- علاقة الدائن بالمدين الأصلي

٣- علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه

الباب الرابع
انقضاء الالتزام

الفصل الأول
انقضاء الالتزام بتنفيذه عينا (الوفاء)

المبحث الأول: طرفا الوفاء

المطلب الأول: الموفي

١- من يصح منه الوفاء

٢- رجوع الموفي علي المدين

المطلب الثاني : الموفي له

الفصل الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

المبحث الأول

الوفاء بمقابل

المبحث الثاني: التجديد

المبحث الثالث: الانابة في الوفاء

المبحث الرابع: المقاصة

١- المقاصة القانونية

٢- المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

المبحث الخامس: اتحاد الذمة

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

المبحث الأول: الابراء

المبحث الثاني: استحالة التنفيذ

المبحث الثالث: التقادم المسقط